

UNIVERSITÉ DE NANCY — FACULTÉ DE DROIT

LE
CONTRAT DE SOCIÉTÉ
EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Vendredi 22 Juin 1928, à 9 h. 30

PAR

Emile del CHIARO

Lauréat de la Faculté de droit de Nancy

Président : M. SENN, Professeur.

Suffragants { MM. MICHON } *Professeurs.*
 { KRÖELL }

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1928

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. MICHON (✱ I).

Doyen honoraire : M. GENY (✱, I).

Professeurs honoraires : MM. MAY (✱, I).

BOURCART (O ✱, I).

CARRÉ DE MALBERG (✱, I).

ROLLAND (I).

MOREL (I).

MM. GENY (✱, I), professeur de Droit civil.

MICHON (I), professeur de Droit romain.

BROCARD (I), professeur d'Économie politique.

SENN (✱, I), professeur de Droit romain.

RENARD (I), professeur de Droit public.

HENRY (A), professeur de Droit criminel.

LAVERGNE (A), professeur d'Économie politique et d'Histoire des
Doctrines économiques, chargé de cours à la Faculté de Droit de
Lille.

KROELL (I), professeur d'Histoire du Droit.

LALOUEL (A), professeur de Droit international public et privé.

LESCOT (✱, A), professeur de Droit commercial.

SIMONNET (I), professeur de Droit civil.

VOIRIN (✱), professeur de Droit civil.

TROTABAS (✱), agrégé, chargé des cours de Droit administratif
(2^e année) et de Législation financière.

P.-R. DUVAL, docteur en droit, chargé des cours d'Économie politique
(1^{re} année et doctorat).

MÉLIN (I), docteur en Droit, chargé du cours de Science sociale.

BERTRAND (I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions particulières des candidats.

LE
CONTRAT DE SOCIÉTÉ
EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le *Vendredi 22 Juin 1928, à 9 h. 30*

PAR

Emile del CHIARO

Lauréat de la Faculté de droit de Nancy

Président : M. SENN, Professeur.

Suffragants { **MM. MICHON**
KRCCELL } *Professeurs.*

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1928



*A la Mémoire de mon Père
et de ma Mère.*

PRÉFACE

Le contrat de société unit plusieurs individus dans le but d'assurer à chacun un avantage réciproque, par la mise en commun de biens à exploiter ou d'activités à exercer. Il est hors de doute que, dans la vie commerciale d'un pays, la société est susceptible, en ses multiples applications, de jouer un rôle économique particulièrement important. Et certes étant données l'importance connue du commerce antique et aussi la puissance territoriale et politique de Rome, il est d'un intérêt considérable à la fois historique et juridique de savoir quelles formes sociales les Romains ont pu connaître et mettre en œuvre.

Avant le sixième siècle de Rome, la société était une simple communauté de biens. Elle existait là où des associés, souvent des amis, s'engageaient à vivre en commun. Cette communauté de biens au cas de société fait penser à celle que comporte l'association de nature qu'est la famille. Cependant les liens qui unissaient les associés, trouvaient dans leur origine même les raisons de se différencier des rapports nés directement de cette vie de famille. Comme les fils de famille que la mort d'un *paterfamilias* n'a pu séparer, les associés mettent toute leur fortune en commun, leurs biens propres comme tous leurs acquêts futurs. Comme cela arrive pour la famille, leur vie se poursuivra peut-être sous le même toit, au même foyer. Il en résultera même souvent que des parents s'uniront

dans un de ces groupements; des frères s'efforceront parfois d'organiser en cette forme leurs rapports d'indivision. C'est par cette recherche d'une organisation volontairement déterminée des rapports communs que la société se distingue des autres formes d'association.

La société est en effet un contrat. Amis ou parents, les associés vont poursuivre leur vie commune, soumis à des règles rigides et sévères peut-être, mais nettes et précises. Un engagement semblable devait d'ailleurs vouloir un respect intégral de la bonne foi; précisément de ce caractère de contrat naîtra la possibilité d'une sanction véritable. Bien que non encore précisée, ni reconnue, par la coutume, les associés ne donnaient-ils pas une valeur juridique à leur convention en la complétant par des stipulations réciproques. Au surplus la coutume ne devait-elle pas s'emparer de bonne heure de ce contrat de bonne foi en le sanctionnant par une action *bonae fidei pro socio*.

Mais une telle société, qu'un simple consentement les obligeait à créer et à maintenir, et dont le but surtout n'était ordinairement que la simple recherche d'avantages procurés par une vie commune, ne pouvait se concevoir que chez un peuple où le commerce n'avait qu'une importance très limitée, où l'agriculture était la source essentielle des richesses. Le commerce n'exigeait alors aucun concours de capitaux, et si des individus cherchent à s'unir, la société ne sera qu'un groupement d'individus, mais non un groupement de capitalistes. Mais il ne devait pas en être toujours ainsi. Au VI^e siècle la vie romaine se transforme profondément. De petite cité, Rome va, de guerre en guerre, étendre son domaine. Carthage une fois détruite, Rome poursuivra son mouvement d'extension jusqu'à la chute d'Alexandrie. D'un tel accroissement du monde romain, le commerce devait subir une impulsion toute nouvelle. L'Etat que dès les premières conquêtes une administration défailante ne pouvait satisfaire, fut d'autant plus amené à demander le concours des initiatives privées. Les plus

grandes sociétés, que le monde antique ait connues, naîtront précisément de cet effort demandé à des particuliers. Forme sociale toute spéciale, la *societas publicanorum* n'en est pas moins un cas remarquable de société. Politiquement et commercialement très puissantes, étant donnée leur action sur toute l'étendue du monde romain, elles devaient cependant disparaître rapidement. Dès les débuts du Principat, elles ont peu à peu cessé d'exister.

Du mouvement commercial, de la pénétration d'un esprit de lucre, de la recherche de gains faciles et rapides, de l'amour du luxe, devait sortir un désir général de spéculation. Cet esprit nouveau devait pénétrer non seulement certains groupements plus restreints comme celui des chevaliers, mais la masse même du peuple. Quand ils contractent une société, les individus ne veulent plus seulement vivre en commun, ils recherchent des avantages quelconques, souvent même des bénéfices. La société n'est plus un simple groupement d'amis ou de parents, elle est un groupement actif de propriétaires de capitaux ou de travailleurs. Comment les règles alors coutumières du contrat de société allaient-elles s'adapter à ce nouveau rôle juridique et économique ?

Originellement la société universelle de tous biens avait uni des individus dont les apports étaient des capitaux ; sur ces capitaux s'exerçait l'activité de tous les associés. Or le mouvement commercial allait au contraire pousser des individus, artisans, membres d'un même collège peut-être, mais dépourvus de toute fortune, à s'unir pour commercer au loin, ou mener une entreprise trop lourde pour un seul. Qu'il s'agisse d'individus nés libres ou bien encore d'affranchis, les uns et les autres voulaient parfois mettre en commun le produit de leur seul travail. D'une telle situation aucun conflit d'intérêts ne pouvait en principe surgir ; l'égalité ne devait-elle pas être le principe fondamental de leurs rapports ; en tout cas l'appréciation du montant de leurs apports réciproques ne pouvait offrir aucune difficulté. Société tout

d'abord universelle, comme celle qui unissait les associés de tous biens, elle devait très rapidement, sous l'influence des nécessités pratiques, voir son objet se préciser : les associés ne voudront poursuivre entre eux qu'une activité limitée, ou porter leurs efforts sur un seul objet déterminé. Ils limitent ainsi leurs risques et se réservent la possibilité d'une participation dans plusieurs affaires. Ces formes sociales les associés pouvaient les utiliser avant la fin de la République.

Toutefois, si tous les associés pouvaient apporter soit des capitaux, soit le produit de leur industrie, le droit romain ne devait admettre qu'avec difficulté la combinaison dans une même société d'apports de nature différente. Si le principe d'une égalité presque absolue s'imposait, comme nous l'avons dit à la formation de toute société privée, comment dès lors concevoir la formation d'une communauté de biens où l'un apportait des terres ou des esclaves, et l'autre le produit de sa seule industrie ? Comment admettre la possibilité de relations aussi intimes que les relations sociales entre un propriétaire et un simple travailleur, alors que leur condition sociale était si différente ? La nature, l'étendue des droits et des obligations de chacun fussent dans ce cas demeurés juridiquement imprécises. Le plus souvent n'eut-il pas fallu voir dans ce contrat un simple contrat de louage d'ouvrage ? Suivant quel principe partager alors les revenus de la société, soit ceux issus des biens communs, soit ceux produits par le travail de certains associés ? Le principe d'égalité des parts ne pouvait se maintenir que difficilement dans une pareille combinaison. D'ailleurs à l'époque classique, on retrouvera facilement des traces de ces difficultés : le simple travailleur ne saurait être copropriétaire des biens mis en commun par son autre associé ; pendant quelque temps encore sa responsabilité demeure plus lourde.

Cependant l'unification des règles du contrat de société devait se réaliser dès l'époque classique. Les jurisconsultes admettront que l'associé n'est plus nécessairement un copro-

priétaire des biens sociaux. Son caractère d'associé sera cependant toujours le même, que son droit sur les biens soit un droit de propriété, ou un simple droit d'usage. La société n'en restera pas moins le contrat par lequel des associés veulent créer entre eux une communauté de biens ou d'acquêts. Mais, de ce fait, l'associé devait, dans tous les cas, voir sa responsabilité s'accroître. De ce que tous les associés ont intérêt au contrat, ils ne répondront pas seulement de leur dol, mais encore, malgré le caractère infamant de l'action *pro socio*, ils seront responsables de leur faute.

Pour les juristes classiques, le contrat de société devait donc se présenter comme un contrat particulièrement souple et susceptible de donner satisfaction aux volontés les plus diverses des contractants. Libres d'adopter à leur gré soit la *societas omnium bonorum*, soit la *societas alicuius negotiationis*, soit la *societas unius rei*, ils pouvaient également par leur pacte social régler librement leurs rapports futurs. Toute clause licite et conforme au caractère de bonne foi comme au but économique de toute société, pouvait y être introduite. Les règles de la société seront ainsi fixées, soit par les parties, soit par la coutume, si les associés, par leur silence, ont voulu adopter des clauses préexistantes et coutumières. Toutefois, la force juridique de leur convention par l'effet de l'action *pro socio* ne leur sera assurée que si dans leur convention, se retrouvent les caractères essentiels et généraux de la société. Sans que les associés aient à se prévaloir d'une soi-disant *affectio societatis*, il suffit pour qu'une société existe, que ceux-ci par leur accord aient voulu former, soit une communauté de biens sur laquelle portera leur activité commune, soit une simple communauté d'acquêts issue de leurs rapports sociaux. De la société devra résulter également pour chacun un avantage quelconque, une part dans des bénéfices comme une diminution de dépenses dans l'exécution d'un travail utile à tous.

Le contrat consensuel de société était donc susceptible de

s'adapter facilement à des situations très diverses. Cependant, il ne connut peut-être à Rome qu'une importance limitée. D'une part, la vie des affaires ne rendait pas alors nécessaire la formation de nombreuses sociétés, ni surtout de sociétés comportant l'afflux de capitaux importants. D'autre part, pendant longtemps le contrat, tel qu'il était mis en application, ne pouvait donner des résultats entièrement satisfaisants du point de vue économique et commercial. Les obligations qui en découlaient restaient d'abord rigoureusement secrètes et personnelles aux associés et la protection des droits des tiers n'y était pas spécialement assurée. Cependant, dès la fin de la République, les commerçants associés chercheront, d'ordinaire par des moyens prétoriens, à remédier à cette imperfection de leur contrat. Ils accrurent leur crédit en se rendant solidaiement responsables à l'égard des tiers, notamment en utilisant leurs esclaves comme intermédiaires. Par là, du point de vue économique, la convention sociale se perfectionna tout en se modifiant ; le but de la société commerciale fut mieux atteint. Et cependant les règles anciennes du contrat de société demeurèrent toujours à peu près sans changement, dans la mesure où elles rappellaient et précisaient le but principal et permanent de ce contrat de confiance personnelle.

•

L'étude de l'évolution des formes du contrat de société, la recherche des causes diverses qui allaient entraîner l'apparition des formes sociales, ainsi que l'adaptation de leurs règles aux nécessités de la vie commerciale, ont été déjà l'objet de quelques travaux.

Poisnel (1), s'appuyant sur le caractère primitif de la société universelle de tous biens, devait en rechercher l'origine dans

(1) POISNEL, *Recherches sur les sociétés universelles chez les Romains*, dans *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. 3, 1879, pp. 431-462 ; 531-569.

les associations familiales entre frères. Mais Pernice, dans un premier travail (1), était au contraire frappé par le caractère commercial de certaines sociétés; reconnaissant aussi à la société universelle de tous biens un caractère fort ancien, il déclarait que la société dont les formes étaient si diverses à l'époque classique, n'avait pu avoir que des origines différentes. Lastig (2), avant Pernice d'ailleurs, avait reconnu, notamment dans les formulaires de Caton, des preuves de l'existence de sociétés des formes très diverses. Cependant Leist (3), reprenant à nouveau dans ses grandes lignes l'exposé de Poinsel, donnait à la société une seule origine : le *consortium inter fratres*. Pernice (4) et Ferrini (5) devaient alors nettement réfuter cette théorie, et Karlowa (6), par une analyse sommaire, fixer les grandes lignes d'une évolution que de nombreux auteurs suivront par la suite (7).

Il résulte donc que seules l'étude de l'évolution historique des formes et surtout l'étude de l'origine du contrat de société ont été jusqu'alors entreprises par les romanistes. L'analyse des règles coutumières admises par les associés, leur évolution particulière ont fait rarement l'objet d'études

(1) PERNICE, *Labeo Römische Privatrecht*, t. I, Halle, 1873-1892, 1^{re} éd., p. 441 et s.

(2) LASTIG, *Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts*, dans *Zeitschrift für Handelsrecht*, t. 24, 1879, pp. 387-449.

(3) LEIST, *Zur Geschichte der römischen societas*, Iena, Fischer, 1881.

(4) PERNICE (Alfred), *Parerga*, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, R. A.*, t. 3, 1882, pp. 48 à 103; t. 9, 1888, pp. 232-237; *Amoenitates juris*, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung, R. A.*, 1886, t. 7, pp. 97-102.

(5) FERRINI, *Le origine del contratto di societa in Roma*, dans *Archivio giuridico*, t. 38, 1887, pp. 1-32.

(6) KARLOWA, *Römisches Rechtsgeschichte*, 1885-1902, II, pp. 651-662.

(7) GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Rousseau, 1918, 6^e éd., pp. 585-592; CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, Plon, 1917, pp. 493-501; KNIEP, *Gai Institutionem. Commentarius 1, tertius*, §§ 88-225, Iena, Fischer, 1917, pp. 318-327; COSTA, *Storia del diritto privato*, Bocca, 1925, 2^e éd., pp. 378-384.

spéciales (1). Seules les sociétés de publicains, tant pour leur forme originale que pour leur importance dans la vie politique et économique de Rome, ont été analysées d'une manière spéciale. Kniep (2), Rostowzew (3) notamment devaient en rechercher les origines, en analyser les différents éléments. Trumpler (4), plus récemment, étudiait les origines des sociétés de publicains; aussi c'est en analysant les deux grandes formes d'association, la *societas privata* et le *collegium*, qu'il vit dans la combinaison des règles de la société et du *collegium* l'origine même de ces *societates publicanorum*.

Aussi avons-nous songé à reprendre avec l'examen détaillé des textes l'étude de la société en droit romain : ses origines, son développement historique, l'évolution de ses règles. En particulier, l'analyse des nombreux textes de Cicéron devait nous permettre de mieux comprendre, et selon des données

(1) BERGER (Adolf), *Zum Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Zeit*, Böhlau, Weimar, 1912; BONFANTE, *Il regime positivo e le costruzioni teoriche al condominio*, dans *Bull. d'Ist. D. R.*, t. 25, 1913, pp. 196 à 220; RICCOBONO, *Communio (Della comunio del diritto quiritario alla comproprietà moderna)*, dans *Essays in legal history*, Paul Vinogradoff, Oxford, 1913, pp. 33-120; DESSERTAUX, *Etudes sur la formation historique de la « capitis deminutio »*, II¹, Sirey, Paris, pp. 165-229; KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, dans *Festgabe für Otto Gierke*, II Bd, Breslau, Marcus, pp. 237-275; *Die Haftung für Verschulden bei Schuldverhältnissen*, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, R. A., t. 39, 1918, pp. 172-182; LEVET, *Le bénéfice de compétence*, thèse Droit, Grenoble, 1927, pp. 47-60; 145 et s.; PERGAMENT, *Konventionalstrafe und Interesse in ihrem Verhältniss zu einander*, Berlin, Prager, 1896, pp. 26-36; 83-87; SALVADORE, *Affectio societatis*, dans *Rivista di diritto civile*, t. 3, 1911, pp. 681 et s.

(2) KNIKP, *Societas publicanorum*, I, Ienâ, Fischer, 1896.

(3) ROSTOWZEW, *Geschichte des Staatspacht in der römisch. Kaiserzeit*, 1903, Leipzig, Th. Weicher.

(4) TRUMPLER, *Die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen*, dans *Berliner Juristische Beiträge*, 8 Heft, Berlin, Decker, 1906; KRÜGER, C. R. *de die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen*, de Trumpler, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, R. A., t. 28, 1907, pp. 458-465.

nouvelles, la nature du contrat de société et la portée de ce contrat dans la pratique des affaires (1).

Nous avons entrepris cette étude sous la direction et guidé par les conseils de M. le professeur Félix Senn, à qui nous adressons l'expression de notre respectueuse reconnaissance.

E. D. C.

Nancy, 2 mai 1928.

(1) MERGUET, *Lexikon zu den Reden des Cicero*, Iena, Fischer, 1877-1884; *Lexikon zu den philosophischen Schriften Ciceros*, Iena, Fischer, 1887-1899; *Handlexikon zu Cicero*, Leipzig, Dieterich, 1903-1906; COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, *Il diritto privato*, Gamberini, Bologne, 1911, pp. 176 et s.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Bull. Ist. D. R.</i>	<i>Bullettino dell' Istituto di diritto romano.</i>
DAREMBERG SAGLIO.	<i>Dictionnaire des antiquités grecques et romaines,</i> 1877-1919.
HEUMANN-SECKELL.	<i>Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts,</i> 9 ^e édition, 1907.
KARLOWA, R. R. G.	KARLOWA, <i>Römische Rechtsgeschichte</i> , I-II, 1885- 1902.
LENEL, <i>Paling.</i>	LENEL, <i>Palingenesia iuris civilis</i> , 2 vol., 1892.
N. R. H.	<i>Nouvelle Revue historique de droit français et étranger.</i>
PAULY-WISSOWA.	<i>Real encyclopädie der klassischen Altertumswissens- chaft de Pauly</i> , nouvelle édition, par Wissowa et KROLL.
<i>Vocabularium.</i>	<i>Vocabularium jurisprudentiae Romanae editum iussu instituti Savignani : societas, socius.</i>
Z. S. S.	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsges- chichte, Romanistische Abteilung.</i>

I

Des origines au VII^e siècle de Rome.

CHAPITRE I

APERÇU DES DIVERS RAPPORTS SOCIAUX POUVANT EXISTER ENTRE INDIVIDUS OU GROUPEMENTS D'INDIVIDUS ET PLUS SPÉCIALEMENT DE LA « SOCIETAS »

SOMMAIRE. — Les groupements naturels : la famille et la cité. — Les groupements issus des nécessités pratiques : le *collegium*, association religieuse et politique ; le *consortium*, association familiale entre les héritiers d'un même *paterfamilias* ; la *societas*, groupement d'amis désireux de poursuivre une vie commune. — La société entre *sponsores*. — La société ne saurait être conclue entre le propriétaire d'un fonds rural et un ouvrier agricole ; la *politio*. — Les rapports d'amitié et les alliances entre différentes cités : la *societas* entre deux cités suppose entre elles l'existence d'un lien d'amitié.

Les hommes s'unissent naturellement, soit dans la famille, soit dans la cité. La famille, fondée sur les liens du sang, entraîne l'existence d'une vie commune et par voie de conséquence celle d'une communauté de biens. La cité se présente à son tour comme un groupement créant des relations entre les familles, ou entre les groupements de familles d'une même cité ou de cités différentes.

Aux premiers siècles de la République encore, le Romain ne pouvait normalement exercer toute activité que dans le cadre de la famille ; agriculteur (1), il y trouvait la satisfaction de

(1) DENYS D'HALICARNASSE, II, 28 : δύο δὲ μόνῃ τοῖς ἐλευθέροις ἐπιτηδεύματα κατὰ εἰπεται τὰ κατὰ γεωργίαν καὶ τὰ κατὰ πολέμους.

tous ses besoins (1) et, soumis à la forte autorité du *paterfamilias*, le travail ne pouvait se concevoir que dans un but commun. Une telle organisation économique répondait aux besoins de l'époque : la culture du sol, l'élevage du bétail exigeaient avant tout une simple réunion de travailleurs, les *fili*. Cicéron, tout en subissant cependant une influence étrangère qui, elle aussi, s'appuyait sur l'étude d'une évolution sensiblement parallèle (2), dira au *De officiis* : *prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia* (3). L'homme naissait, vivait et mourait ainsi, limitant ses désirs à ceux qui étaient conformes à la vie de la communauté, prenant la place laissée vide par le père et poursuivant à son tour une vie que ses fils continueraient.

Rome elle-même n'était qu'une association dont la famille était l'élément : une activité commune les unissait toutes (4). La famille, dira Cicéron, est le *principium urbis et quasi seminarium reipublicae* (5). De là par nature résulte à nouveau dans l'ordre matériel une communauté de biens ou d'intérêts ; dans l'Etat *multa sunt civibus inter se communia* (6). Mais les rapports pouvaient être envisagés sous deux

(1) La population ne vivait que de la vie pastorale et agricole ; la vie de famille était alors d'une extrême simplicité : en ce sens, VITRUVÉ, liv. II, chap. I ; DENYS D'HALICARNASSE, I, 79 ; III, 67 ; PLAUTE, *Rudens*, IV, 2, v. 32 ; HORACE, liv. II, sat. 2 ; QUINTILIEN, I, chap. IV. E. CICCIOTTI, *Le déclin de l'esclavage antique*, trad. Platon, Rivière, Paris, 1910, p. 201-204.

(2) ARISTOTELE déclare que la première de toutes les sociétés est la communauté de la famille, c'est-à-dire de personnes unies par les liens du sang, vivant ensemble, sous un même toit, au même foyer, au même pain : *Politique*, I, 1 : « Ἡ μὲν οὖν, εἰς πᾶσαν ἡμέραν συνεὶς τηρεῖται κοινωνία κατὰ φύσιν οἶκος ἐστίν, οὗς γὰρ ὄντας μὲν καλεῖ ὁμοσιπτοῦς, Ἐπιμενίδης δὲ ὁ Κρήσις ὁμοκάπνοους. »

(3) *De off.*, I, 17, 54.

(4) En ce sens, HOMO (L.), *Les institutions politiques romaines de la Cité à l'Etat*, Paris, 1927, p. 1 et s.

(5) *De off.*, I, 17, 54.

(6) *De off.*, I, 17, 54.

côtés différents : rapports entre eux en tant que citoyens, membres de différentes familles, et rapports entre les cités elles-mêmes.



Ces unions de nature devaient être les modèles d'autres unions que les hommes, par leur volonté, vont vouloir créer nombreuses et variées. C'est en s'agrégeant à un de ces groupements que le patricien, en dehors du culte qui est dû aux *sacra*, et surtout le plébéien, vont pouvoir assurer la satisfaction de leurs besoins religieux : le *collegium*, la *sodalitas* les unissent au culte d'une même divinité particulière (1). Ce lien véritablement sacré était source d'obligations pour chacun (2). Leur but n'était pas toutefois exclusivement religieux ; pour un grand nombre d'entre eux, des raisons professionnelles en ont provoqué la formation : aussi ont-ils un but corporatif

(1) En ce sens, P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains*, Peeters, Louvain, I, p. 75 ; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 37 ; 59 à 70. — En ce qui concerne les origines des *collegia*, les difficultés sont nombreuses : étaient-ils des organisations d'État : MOMMSEN, *De collegiis et sodaliciis*, p. 27 et s. ; PERNICÉ, *Labeo*, I, 290 ; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 64 ; MARQUARDT, *Röm. Staatsverwaltung*, III, p. 135 ; JULIAN, dans Daremberg et Saglio, v^{is} *Fabri et Collegium* ; ou bien, suivant WALTZING, *op. cit.*, p. 75, ne sont-ils pas simplement des associations privées qui sont apparues à la suite du développement de l'artisanat ; ou ne sortent-ils pas des vieilles communautés qu'étaient les *pagi*, car un de leurs rôles était l'exercice d'un culte commun : en ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 39 ; au sujet des *pagi* et des *vici* : voir, en particulier, MOMMSEN, *Hist. rom.*, I, 35 ; MARQUARDT, *Röm. Staatsverwaltung*, I², p. 3 et 4. Cette dernière théorie, qui remonte aux anciennes associations, permet de comprendre leur forme corporative et leur pouvoir juridique. La *sodalitas*, bien que d'une forme analogue à celle du *collegium*, ne semble pas par contre sortir de cette origine, elle est un groupement dont les membres sont d'un milieu social plus élevé : elle semble surtout formée pour empêcher la disparition du culte des *gentiles* ; en ce sens : MARQUARDT, *Röm. Staatsverwaltung*, III², p. 143 ; DAREMBERG et SAGLIO, v^o *Sodalitas*.

(2) C'est ainsi que les membres d'une même *sodalitas* ne sauraient être juges dans un procès contre un de leurs confrères.

très complexe à côté de leur but religieux (1). La mort de leurs fondateurs n'entraînant pas leur extinction, les *collegia* vont assurer à l'individu isolé, la satisfaction de besoins dépassant ses propres moyens; pour le pauvre artisan, il remplacera souvent la famille, la *gens*, lui assurera une sépulture honorable (2), lui permettra, étant donné le groupement d'individualités par elles-mêmes sans action politique, d'obtenir de la cité, grâce au nombre, des avantages de toute nature (3). Cette activité politique devait du reste prendre, avec la République, une importance sans cesse plus grande et parfois même exclusive. Aussi les *collegia* qui bénéficiaient d'un régime de liberté à peu près complète jusqu'au milieu du ^{vi}^e siècle de Rome, vont être soumis à un ensemble de mesures restrictives et répressives (4).



De la famille et sous l'influence des nécessités pratiques, devait sortir une autre forme d'association d'un caractère exclusivement familial : le *consortium*. Le *consortium* est la continuation de la vie commune familiale par les enfants à la mort de leur père (5). Bien qu'étymologiquement le mot de

(1) Le caractère religieux reste toujours essentiel : en ce sens, WALTZING, *op. cit.*, I, p. 41; 159; 255; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 45.

(2) En ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 47; MOMMSEN, *De colleg.*, p. 26; WALTZING, *op. cit.*, I, p. 257; ce soin des funérailles se comprend à Rome où le culte des morts et l'exercice d'une religion sont unis étroitement.

(3) En ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 45, 46; CICÉRON, *Pro Sulla*, 2; *Brut.*, 45; *Pro domo*, 28; *Pro Corn.*, 104.

(4) En ce sens, WALTZING, *op. cit.*, I, p. 90 et s.; MOMMSEN, *De coll.*, p. 80.

(5) En ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 3 et s.; PERNICE, *Parerga*, p. 66 et s.; FERRINI, *op. cit.*, p. 5; LEIST, *op. cit.*, p. 20 à 26; KNIEP, *Gai Institutionum Commentarium*, I, III, 148-150, p. 318; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 652; MICHON, *Autour des origines légales de l'agnation externe*, Mélanges Cornil, II, 1926; GIRARD, *Manuel*, p. 585, n. 5; CUQ, *Institutions*, 1891, p. 286; *Manuel*, 1917, p. 494; PERNICE, *Labeo*, I¹, p. 444 et s.; LASSIG, *Beiträge zur Geschichte des Handelsrechts*, Zeitschrift für Handelsrecht, 24, 1879, p. 427 et s.

consortium marque nettement l'idée d'association, d'organisation collective (1), il semble qu'aux origines il n'ait pas été utilisé : on trouve en effet l'emploi des termes *ercto non cito* ou héritage non partagé, définissant exactement cette idée de continuation d'une situation existant au préalable (2).

A la mort du *pater*, l'ensemble des biens de la famille reste la propriété des *heredes sui*, c'est-à-dire de ceux qui, autrefois sous la puissance du *de cuius*, se trouvaient, par le seul

(1) Ce sens des mots *consortium* ou *consors*, apparaît bien dans l'usage qu'en font certains auteurs : ils emploient *consortes* dans le sens de frères et sœurs : Ovide, *Met.*, 11, 346 : *Quae dum Lucifero genitus miracula narrat de consorte suo* ; Tibulle, 2, 5, 23 : *Romulus aeternae nondum formaverat urbis moenia, consorti non habitanda Remo* ; Albinov. ad. Liv. 437 : *Consortes Deas videtur significare Nereides, quas uno patre Nereo genitas fabulantur, ut est ap. Hygin. in praefat.*

(2) Etymologiquement *consortium* vient de *sors*, *sortis*, qui signifie peu serré et dérive lui-même de *sero* : ranger, joindre ou nouer. En ce sens, WALDE (A.), *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, Winter, 1900, 2^e éd. Comme nous le verrons dans les textes relatifs aux exemples de *consortium*, nous trouvons l'emploi de *ercto non cito*. PRINGSHEIM, *Z. S. S.*, 1925, t. 45, *R. A.*, p. 491, s'appuyant sur une lecture plus exacte du texte grec de Stéphanos, à propos de la loi 52, 6, au titre *Pro socio*, trouve une preuve nouvelle de l'emploi des mots *ercto non cito* au lieu du mot *consortium*. Ce sont cependant les textes d'Aulu-Gelle, *N. A.*, 1, 9, 12, et de Servius, in *AEneidem*, 8, 642, qui sont le plus net. Cependant une certaine difficulté subsiste dans la traduction exacte de ces mots ; KARLOWA, *Legis actiones*, p. 143 et s., a voulu voir un impératif *ad divisionem ne vocatur* : *ercto* serait dérivé du supin et accompagné d'un impératif ; l'expression signifierait alors que l'héritage ne pouvait être mis en partage et cette règle aurait été tirée de la loi des XII Tables : KARLOWA en déduit qu'anciennement il y avait indivisibilité complète. Mais une telle interprétation est très discutable, car dans les XII Tables, on trouve au cas d'un impératif avec négation, le terme *ne* et non pas celui de *non arceram ne sternito*. Si, de plus, Aulu-Gelle parle de *societas inseparabilis* (v. plus loin, p. 8), c'est là une simple façon de parler. En réalité *ercto non cito* doivent être traduits par « héritage non partagé », ce qui marque la simple constatation d'un fait : [*h*]erctum, [*h*]ercto est à rapprocher en effet de *herciscere*, avoir une prétention à l'héritage, donc partager ou *dividere* : en ce sens, BERGER, *Teilungsklagen*, p. 9, et dans *herciscere* on retrouve les mots *herctum*, qui indique ce qui est pris en possession par les héritiers, et *citum* ce qui est séparé de la masse, donc ce qui est partagé : en ce sens, LEIST, *op. cit.*, p. 22 ; TRUMPLER, p. 3, n. 8 ; PERNICE, *Parerga*, p. 71 et s. ; FERRINI, *op. cit.*, p. 5.

fait de sa mort, devenir *sui iuris* : à proprement parler, il n'y a pas ici succession. Avant comme après le décès du père, ils sont copropriétaires de la masse des biens familiaux (1). Ce dernier une fois mort, ils poursuivent une vie sans changement. Ils pouvaient donc ne pas partager les biens, les utiliser et les administrer en commun.

Cela ressort nettement du texte d'Aulu-Gelle, où rappelant les anciennes communautés que Pythagore avait fondées entre ses disciples, il les rapproche de l'antique groupement familial appelé, remarque-t-il d'ailleurs, en droit et dans la coutume, *ercto non cito* (2). Varron (3), Paul Diacre (4), Festus (5), Servius (6), Nonius (7), et enfin Cicéron (8) l'envisagent comme

(1) Gaius, II, 157 : *Sed sui quidem heredes idem appellantur quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur* ; en ce sens, CUG, *Institutions*, 1891, p. 286 ets. ; GIRARD, *Manuel*⁶, p. 856 et suiv.

(2) Aulu-Gelle, *Noctes Atticae*, I, 9, 12 : *...Sed id quoque non praetereundum est, quod omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familia, pecuniae habebat, in medium dabat, et coibatur societas ius inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod iure atque verbo Romano appellabatur « ercto non cito »*. S'appuyant dans une certaine mesure sur l'emploi, par Aulu-Gelle, du mot *societas* pour définir le *consortium*, LEIST pose le principe que le *consortium* était la seule société en usage autrefois. Cet argument ne peut par lui-même avoir de valeur : il ne peut avoir de force que dans la mesure où d'autres éléments historiques ou juridiques viendraient prouver que la société n'est qu'une forme modifiée de l'ancien *consortium*. LEIST, *op. cit.*, p. 22-24.

(3) Varron, *L. L.*, 6, 65 : *Consortes. hinc etiam ipsi consortes, ad quos eadem sors. hinc etiam sortes, quod in his iuncta tempora cum hominibus ac rebus.*

(4) Paul Diacre, 72 : *Disertiones, divisiones patrimoniorum inter consortes et Ercum citumque qu[od] fit inter consortes ut in libris legum romanorum legitur. Ercum a coercendo dictum, unde et erciscundae et ercisci. Citum autem est vocatum a « ciendo »*.

(5) Festus, *E libris de verborum significatu* : *Ercum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur. Ercum a « coercendo » dictum, unde et « erciscundae » et « ercisci ». Citum autem est vocatum a « ciendo »*.

(6) Servius, *AEneidem*, 8, 642 : *citae — quadrigae]... citae ; divisae, ut est in iure « ercto non cito » id est patrimonio vel hereditate non divisa.*

(7) Nonius (181) : *citum, divisum vel separatum.*

(8) Cicéron, *De or.*, I, 36, 237 : *Qui, quibus verbis erctum cieri oporteat nesciat, idem erciscundae familiae causam agere non possit.*

une *familia inereta*. Tite-Live en donne un exemple : c'est le cas du censeur de 580, Q. Fulvius Flaccus et de son frère Cn. Fulvius (1). De même Valère Maxime et Plutarque (2) citent le cas de la famille des *Ælii* qui comprenait seize membres habitant ensemble une petite maison ; ils possédaient à eux tous une terre sise du côté de Véies. Cicéron en parle indirectement, donnant parmi les causes qui ont déterminé la séparation des membres de la famille, l'impossibilité matérielle où ils étaient de trouver tous place sous le même toit (3). Quelques auteurs y feront encore allusion (4) ; mais dans le Digeste, les traces en seront rares et de peu d'importance (5).

Avant les XII Tables, le *consortium* se présente comme une simple communauté de biens que la loi ne pouvait régler : gestion, partage sont questions purement privées. Le partage ne pouvait être qu'amiable : le consentement de tous était nécessaire.

Du point de vue purement économique, une telle institution s'expliquait aisément. Que comprenait cette masse de biens, qui passent aux *heredes sui* devenant à leur tour des *patres*. Le tombeau en premier lieu faisait partie de la *domestica hereditas*. Vient ensuite l'*heredium*, véritable propriété fami-

(1) Tite-Live, 41, 27, 2 : *Censores, eo anno creati Q. Flavius Flaccus et... legerunt senatum; ...et Cn. Flavii, qui frater germanus et... consors etiam censoris erat.*

(2) Valère Maxime, 4, 4, 8 : *Sex decim AElia... fuerunt quibus una domuncula erat... et imus in agro Veiente fundus, minces multo cultores desiderans, quam dominos habebat*; de même Plutarque, *Paul-Emile*, 5.

(3) Cicéron, *De off.*, 1, 17 : *Sequuntur fratrum coniunctiones, post consobrinorum sobrinorumque qui cum una domo iam capi non possint, in alias domos tamquam in colonias erunt.*

(4) Cicéron, *in Verr.*, 2, 3, 23, *fratres consortes...*; *pro Rosc. com.*, 18, 55 : *simillima sua et maxime gemina societas hereditatis est*; Pline le Jeune : *Ep.*, 8, 18, 4 (*frater consors*) ; Lucrèce, 6, V, 1278 ; Virgile, *Ciris*, 5, 15 ; Horace, *Odes*, 3, 24, v. 60 ; Tibulle, 2, 5, vv. 23 et 24.

(5) Le Digeste ne contient en réalité que des cas de sociétés universelles ou même particulières entre frères : D., 10, 2, 39, 3 ; 17, 2, 52, 6 ; 8 ; 26, 7, 47, 6 ; 27, 1, 31, 4 ; 29, 2, 78.

liale qui comprend une maison et un jardin (1) : c'est lui qui avant tout va rester indivis entre les enfants. A l'*heredium* s'opposaient les terres gentiles, qui, appartenant à la *gens*, sont, pour la jouissance seulement, réparties entre les familles qui la composent (2). Or ça ne sera que dans la seconde moitié du III^e siècle de Rome qu'elles seront objet de propriété privée; ce n'est que plus tard qu'elles pourront être objet de partage. La fortune familiale comprenait aussi les esclaves, les bêtes de trait ou de somme, les servitudes rurales, les *res Mancipi* : en un mot, la *familia* (3). Les richesses superflues, c'était la *pecunia*, le bétail comme toutes autres choses qui ne sont pas des *res Mancipi* (4). Or ce sont ces choses qui pouvant être l'objet principal de la propriété individuelle, seront l'objet possible d'un partage amiable ou judiciaire (5).

Le Romain des origines est un agriculteur, et de même que pour lui le but du mariage est la procréation d'une postérité légitime, de même le but de la succession par héritage était le maintien de la maison et de ses *sacra*. Tous recevaient la charge des *sacra* (6); à l'époque classique, le tombeau restera encore en indivision (7); l'*heredium* ne devait pas être

(1) L'*heredium* suivant la tradition, devait être de 2 *jugeri*; en ce sens, PAÏS, *Storia di Roma*, 3^e éd., 1926, t. II, p. 400; FRANCK, *An economic history of Rome to the End of the Republic*, Baltimore, Hopkin, 1920, p. 10; KORNEMAN, Pauly-Wissowa, IV, 575 : *Leges XII Tabularum*, VIII, 3; VARRON, *De re rustica*, I, 18, 2, *jugera, quod a Romulo primum divisa viritim quae heredem sequerentur, heredium appellarunt*.

(2) Cicéron, *De lege agr.*, 2, 25 : *ager qui arari aut coli possit*; en ce sens, PAÏS, *op. cit.*, p. 400.

(3) En ce sens, BONFANTE, *Scritti varii*, t. II, *Proprietà e servitu*, p. 13.

(4) Cicéron, *De rep.*, II, 9, 16; VARRON, V, 95; en ce sens, SINAÏSKI, *La cité quiritaire*, 1923, Riga, Tipographie de l'Etat, p. 48.

(5) En ce sens, CUQ, *Institutions*, I, 1891, p. 79; GIRARD, *Manuel*⁶, p. 266 et s.

(6) En ce sens, E. PAÏS, *Storia*, t. II, p. 388.

(7) Cicéron, *De off.*, 17, 55 : *Magnum est enim eadem habere monumenta maiorum, eisdem uti sacris, sepulchra habere communia*; D., 10, 2, *fam. ercisc.*, 30 : *sed religiosa loca in iudicium non deduci eorumque ius in singulis heredibus in solidum competere*.

partagé, en effet cela ne sera qu'assez tard que la mancipation s'appliquera aux immeubles (1), et jusqu'à la fin de la République c'est un déshonneur que de vendre l'*heredium* (2). Quand la maison deviendra insuffisante, l'*heredium* appartiendra à l'un d'eux et les autres vivront *in alias domos* (3). Donc aux origines la nature même d'une partie des biens oblige les *heredes sui* à rester unis; ils disposaient en commun des champs paternels, habitaient sous un même toit et mangeaient au même foyer; d'ailleurs la faible superficie des domaines ruraux n'aurait pas permis de sortir parfois de l'indivision; l'exemple des seize *Ælii* en est une preuve (4). De plus le *consortium* ne permettait pas seulement de continuer le même mode de vie, mais il assurait aux individus l'inscription à la même classe du cens et au cas de mort de l'un d'eux leur permettait, étant en possession de tous les biens, d'usucaper facilement sa part dans la communauté (5).

En conséquence, dans le *consortium* aucun lien contractuel, mais un lien de parenté. Il est une communauté nécessaire qui dérive et de la situation juridique et économique du sol et de la forme de la richesse primitive. Mais même dans la famille antique si unie et si forte, il n'est qu'une situation de fait qu'il fallait admettre dans la mesure où les volontés de tous les membres ne sont pas opposées à la rupture.

La loi des XII Tables devait introduire une modification profonde qui fut pour lui une cause de décadence rapide: elle était d'ailleurs le résultat des modifications dans la nature et l'étendue de la richesse primitive: chaque cohéritier peut

(1) Gaius, 3, 121.

(2) Cicéron, *De or.*, 2, 55; *Pro Sulla*, 20.

(3) Cicéron, *De off.*, 1, 17.

(4) En ce sens, SINAÏSKI, *La cité populaire*, 1924, Riga, p. 74; PAUL-LOUIS, *Le travail dans le monde romain*, Paris, Alcan, 1912, p. 67; FERINI, *op. cit.*, p. 6.

(5) En ce sens, MICHON, *op. cit.*, p. 113 et s.

obtenir du magistrat, au cas de désaccord, le partage judiciaire (1). Par l'action *familiae erciscundae*, les biens sont partagés d'après le montant des parts héréditaires (2). La procédure suivie devait être celle de la *legis actio per arbitri postulationem* (3). Le partage s'appelait d'ailleurs *dissertio* pour *dissortio*, les membres de la famille ainsi séparée, *dis-sortes*. Paul Diacre, 72 : *dissertationes divisionis patrimoniorum inter consortes*. L'action portait sur la totalité des biens héréditaires (4), agissait à l'égard de tous les héritiers (5) et ne pouvait être employée qu'une fois (6).

Par ailleurs la coutume réglait la vie interne du *consortium*, mais sans aucune sanction (7). Elle exigeait d'eux le respect de la *pietas*, d'où ne résultait aucunement une observation plus rigoureuse des devoirs naturels qui s'imposent aux parents. Par les circonstances, ils se trouvaient soumis à l'obligation de rester unis : *quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum...* (8). Par contre, il supposait entre les frères

(1) D., 10, 2, 1, pr. : *Haec actio proficiscitur e lege XII tabularum namque coheredibus valentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eas res hereditariae distribuerentur*. En ce sens, BERGER, *Teilungsklagen*, p. 5 et s.

(2) Code, *Fam. ercisc.*, 3, 36, 6 : *Ea quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt*. En ce sens, BERGER, *op. cit.*, p. 9.

(3) Cicéron, *Pro Caec.*, 7, 49; *Pro Muren.*, 12, 27; *De or.*, 1, 56, 237; *De leg.*, I, 21, 35 : *e XII tres arbitri finis regemus*. En ce sens, KARLOWA, *Röm. Processcivilr.* (1872), p. 143.

(4) Paul, S., I, 18, 2 : *de omnibus rebus hereditariis iudex cognoscere debet et celebrata divisione in semel de omnibus pronuntiet*.

(5) Paul, S., I, 18, 4 : *iudex familiae erciscundae nec inter paucos coheredes, sed inter omnes dandus est : alioquin inutiliter datur*.

(6) Paul, S., I, 18, 1 : *arbiter familiae erciscundae plus quam semel dari non potest*; de même Ulpien, D., 10, 2, 20, 4. En ce sens, BERGER, *op. cit.*, p. 8.

(7) En ce qui concerne le règlement juridique des rapports entre les cohéritiers pendant toute la durée de l'indivision, il n'existait aucune sanction; aussi les héritiers organiseront leur vie, en formant une *societas* : D. 17, 2, 37.

(8) D., 10, 2, 25, 16.

une cohésion profonde et forte, surtout après les XII Tables, il fallait avoir confiance en chacun d'eux, être persuadé que chacun va travailler à l'accroissement de la masse commune sans provoquer inversement de dettes communes qui ne soient dans l'intérêt de tous. Chacun recevait des revenus une part pour lui et les siens suivant ses besoins et autant que les ressources le permettaient (1). Règle logique, car le père de plusieurs enfants se trouvait produire plus, tout en ayant de plus grands besoins; inversement tous les acquêts à titre onéreux comme à titre gratuit tombaient en communauté (2).

Mais au cas de partage, les règles successorales reprennent toute leur importance, car l'action *familiae erciscundae* ou le partage amiable vont se faire suivant les parts héréditaires de chacun, soit par tête, soit par souche (3); enfin ce caractère héréditaire produit tous ses effets au cas de mort d'un des *consortes*; en effet par l'arrivée de cet événement, la communauté de biens n'est pas dissoute; si l'héritier persiste à rester dans l'indivision, un nouveau rapport ne naît pas entre les *consortes*. L'ancien *consortium* subsiste, car c'est l'ancienne succession qui reste commune. Naturellement dès que le partage a été admis, au moment de la mort d'un *consors*, comme à tout autre moment, on pouvait dissoudre le *consortium*. Il n'est d'ailleurs pas dissout non plus par la *conventio in manum* d'une sœur, ni l'adrogation d'un frère (4).

(1) Ulpien, *lib. 28 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 73; en ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 653. La communauté des *consortes* était naturellement universelle, car dans une vie commune vraiment fraternelle, une séparation de biens communs et propres était impossible.

(2) En ce sens, FERRINI, *op. cit.*, p. 7 : il semblerait qu'en s'appuyant sur un passage de Sénèque, *De benef.*, 6, 13, le partage aurait dû être toujours par parts égales : *licet id ipse ex maiore parte possideat, si modo me in consortium me admisit*. Cependant ce passage est relatif aux *communiones* ordinaires et ne permettait pas d'appuyer une exception à la règle successorale qui doit normalement s'appliquer.

(3) D., 29, 2, 78; 26, 7, 47.

(4) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 653.

Donc, après les XII Tables, le respect des traditions si puissant à Rome, uni à un culte familial encore fervent, pouvait encore pousser des fils à rester unis autour du même foyer. L'utilité du *consortium* pouvait encore se retrouver à une époque où les guerres furent fréquentes, car les membres de la famille ainsi obligés de partir, étaient assurés qu'en leur absence leurs intérêts étaient défendus par ceux qui restaient. Mais cependant, soit parce que la richesse s'accroît, soit parce que la famille se désagrège lentement, soit que les frères aient depuis les XII Tables une vocation héréditaire en qualité d'*adgnati proximi*, le *consortium* tombe rapidement en décadence, et à la fin de la République de telles situations ne pourront être que juridiquement organisées. L'indivision anarchique des héritiers disparaîtra ; en réalité ils vont poursuivre en commun une entreprise laissée par le père ; la vie commune n'est plus leur but exclusif ; l'intérêt personnel, la recherche des gains vont devenir essentiels : ils forment une société.

En définitive, le *consortium* est un groupement de *fili* et de *filiae familias*. En lui le lien de parenté les groupe les uns aux autres ; il est une communauté nécessaire : pour l'époque primitive, étant donnée la puissance de la famille, il est une situation de fait imposée par l'état des biens et la forme de la richesse primitive. Après les XII Tables, l'institution sera modifiée dans son essence même, par le fait que sortir de l'indivision est maintenant un droit. Aussi tant que le partage n'est pas intervenu, les *consortes* sont de simples héritiers en indivision ; leur *consortium* suppose un certain élément volontaire dans le fait qu'aucun d'eux ne demande le partage ; mais il n'en reste pas moins qu'il tire son origine d'une succession, acte indépendant de la volonté des héritiers et qu'il est, de ce fait, soumis aux règles particulières des successions (1).

(1) L'étude du *consortium* soulève l'important problème de l'origine du contrat de société. D'une manière presque unanime, les auteurs admettent que la forme primitive du contrat de société était celle de la *societas omnium bonorum*. LENEL, *Edictum*, § 409, 2^e éd., p. 287, signale deux rai-



Dans le *consortium*, l'individu subissait la nécessité de la vie familiale. Par le *collegium*, il satisfait des besoins particuliers

sons particulières à l'admission de ce principe; la formule de l'action *pro socio* dans l'Édit du préteur était relative à une *societas o. b.*, et le bénéfice de compétence ne pouvait primitivement exister qu'en faveur d'un associé de tous biens (en ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 652; LEIST, *op. cit.*, p. 24; LASTIG, *op. cit.*, p. 429; PERNICE, *Labeo*, I, p. 444; *Parerga*, 3, p. 66 et s.; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 6; FERRINI, *op. cit.*, p. 15; POISNEL, *op. cit.*, p. 451; MAYR, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 2, p. 73; SALKOWSKI, *op. cit.*, p. 19; PAUL JÖRS, *Römische Rechtsgeschichte und System des römischen Privatrechts*, Springer, Berlin, 1927, p. 166; RABEL (E.), *Grundzüge des römischen Privatrechts*, 1915, p. 466).

Or souvent, il est admis que la société de tous biens n'est que l'ancien *consortium* dont les membres toutefois ne sont plus nécessairement des *heredes sui*. Cette théorie trouve des arguments dans le caractère universel de la mise en communauté des biens que l'on retrouve dans la société comme dans le *consortium*; mais surtout dans le fait que les textes du Digeste, ayant trait à une *societas o. b.*, envisagent souvent la situation de frères associés : D., 29, 2, *De adq. her.*, 78 : *Duo fratres fuerant, bona communia habuerant*; D., 10, 2, *F. E.*, 39, 3 : *si non in omnibus socii essent, licet hereditatem paternam communem haberent*; D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 8 : *si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit*; D., 27, 1, *De excus.*, 31, 4 : *Neque igitur fratres consortes plurimum loco habendi sunt*; D., 26, 7, 47, 6 : *altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto*; D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 6 : *si patres parentium indivisas hereditate ideo retinuerunt, est emolumentum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quaesierint in commune non redigetur*.

En définitive, comme dit Cicéron, au *Pro Roscio comoedo*, 18, 55 : *similima et maxime gemina societas hereditatis est*. La société serait donc issue du *consortium*; ses règles devraient être celles du *consortium*, dans une certaine mesure du moins (en ce sens, POISNEL, *op. cit.*, p. 451 et s.; LEIST, *op. cit.*, p. 24 et s.; MAYR, *op. cit.*, p. 73; SALKOWSKI, *op. cit.*, p. 19; JÖRS, *op. cit.*, p. 166; RABEL, *op. cit.*, p. 466).

Cette théorie ne semble cependant pas admissible : les règles particulières de la société ne peuvent en effet trouver leur fondement dans l'organisation familiale des héritiers siens; ces derniers resteront toujours des successeurs, les associés au contraire auront voulu le rapport qui les unit; il existe un contrat. En outre, à cette époque, la mise en communauté de tous les biens ne peut s'expliquer que par ce fait : les associés sont des

et très divers, sans que sa vie n'en soit profondément modifiée. La *societas*, au contraire, vient assurer à l'individu une nouvelle

amis ou des parents que soutient un même désir de collaboration et de vie commune.

Mais à ces arguments généraux s'ajoutent des arguments d'une portée plus restreinte, mais plus précis. Le *consortium* n'est pas éteint par la mort de l'un des *consortes*, l'héritier du prédécédé rentre dans l'association où sa situation est identique à celle de son auteur. Cette décision était nécessaire, car le *consortium* étant une indivision successorale, il ne peut que garder ce caractère à l'égard des survivants comme à l'égard des héritiers. Au contraire, le contrat de société sera nécessairement dissous par la mort d'un associé et l'héritier ne pourra jamais user des droits sociaux en tant qu'associé, mais seulement en tant que créancier; les clauses du pacte social ne pourront que diminuer les inconvénients qu'une rupture imprévue et nécessaire ne manquera de provoquer. De même la société peut être dissoute par la renonciation de l'un des associés, dans le *consortium*, un tel droit ne peut se concevoir, seule l'action en partage reste à la disposition d'un *consors*. Ce dernier acte de partage marque, lui aussi, des différences entre les deux institutions : d'origine successorale, le *consortium* ne peut être liquidé que suivant les règles successorales; les *consortes* sont des héritiers, et les biens sont répartis par tête ou par souche. Dans la société, au contraire, si les parties ont prévu ce partage dans leur pacte social, les seules règles applicables sont celles qu'ils ont établies, ou, en cas de silence de leur part, le principe général reste celui de l'égalité des parts entre tous les associés.

Une dernière différence notable réside dans le fait que l'action *pro socio* a toujours été, et dans tous les cas, infamante, s'opposant ainsi à l'action *familiae eriscundae*, dont la condamnation n'emportera jamais pareille aggravation de sanction. Ce seul fait empêche toute assimilation, car on ne saurait voir dans l'influence d'une *fraternitas* issue du *consortium*, l'origine de l'infamie; elle ne peut trouver de justification que dans le caractère plus intime de la bonne foi qui unit les associés. En réalité, on ne peut rattacher la société au *consortium*, et les Romains d'ailleurs n'ont jamais conçu la possibilité d'un tel rapprochement.

PERNICE et FERRINI (PERNICE, *Parerga*, 3, p. 65 et s.; *Labeo*, 1^{re} éd., p. 445; FERRINI, *op. cit.*, p. 3 et s.) ont cru pourtant devoir admettre une solution un peu différente. Pour eux, la société ordinaire ou *quaestuarie* ne saurait venir de l'ancien *consortium* : l'idée de lucre, de spéculation qui anime ce contrat leur semble interdire tout rapprochement. D'ailleurs, s'appuyant sur les textes du Digeste, au titre *Pro socio*, 17, 2, du fragment 7 au fragment 9, qui donnent la société comme nécessitant pour son existence des opérations communes, des *negotiationes*, PERNICE inclinerait à croire que l'origine de la société commerciale doit être recherchée dans les corpo-

vie commune et lui imposer une activité dont chacun pourra profiter. La société va se présenter comme le groupement d'in-

ractions de caractère commercial. La société aurait alors été conclue, entre les parties, grâce à des stipulations réciproques (PERNICE, *Labeo*, 1^{re} éd., p. 445).

Mais la société universelle de tous biens trouverait son origine dans la communauté des héritiers siens. A leur avis, on ne peut rendre compte de deux règles propres à la *societas o. b.*, si l'on n'admet entre les deux, *consortium* et *societas o. b.*, un rapport étroit. Comme dans le *consortium*, où les biens sont communs, dès la mort du père, sans aucun acte de transfert, dans la *societas o. b.*, les biens propres de chaque associé, au moment de la conclusion du contrat, deviennent communs à tous les associés, sans que les parties ne soient tenues à faire de tradition : D., 17, 2, *Pro socio*, 1, 1. En outre le fait qu'à la fin de la République, et même à l'époque classique, l'associé de tous biens soit le seul associé pouvant bénéficier du bénéfice de compétence, ne se comprendrait que par l'idée de *fraternitas*. Or la présence de ce principe ne pourrait se comprendre que par le fait que primitivement la *fraternitas* existait dans la société, parce qu'elle était la continuation de l'antique *consortium*.

Mais cette théorie ne peut à son tour rendre compte des règles normales de la *societas o. b.*, car la mort, la *capitis deminutio*, la renonciation d'un associé de tous biens détruisent nécessairement la société; en outre le partage n'est jamais le règlement d'une situation successorale. En ce qui concerne l'idée de *fraternitas*, outre le caractère presque certainement post-classique de cette notion, elle n'est qu'une explication propre à Ulpien : D., 17, 2, *Pro socio*, 53, *pr.* En réalité, le fait que l'associé ne peut poursuivre son coassocié que dans la mesure de son actif, trouve sa raison véritable dans l'impossibilité qu'il y avait à admettre qu'un ami fidèle puisse, en vertu d'une convention pénétrée de bonne foi, agir contre son ami, jusqu'à en faire son propre prisonnier. La preuve résulte du fait que le prêteur n'intervient que si l'associé malheureux a respecté la *fides*, c'est-à-dire n'a commis aucun dol (voir Époque classique). En dernier lieu, en ce qui concerne le transfert immédiat des biens, la raison doit en être recherchée dans la nature même du contrat primitif de société. D'ailleurs la constitution d'une société et l'établissement d'un *consortium* ne peuvent être identiques, car dans le *consortium* les biens étaient antérieurement communs, réunis sous la main du *paterfamilias*, et chaque *consors* en était copropriétaire. Dans la société, au contraire, la mise en communauté porte sur des biens antérieurement propres à chacun des *socii*.

Enfin d'une manière générale, la théorie de PERNICE qui veut reconnaître trois sources différentes au contrat de société : la *societas o. b.*, la *societas quaestuarìa* et la *politio*, se heurte à un fait général indiscutable. Dès l'époque classique, les règles du contrat de société revêtent un caractère

dividus qui veulent être unis, non seulement par l'exercice d'une activité commune, mais encore par la réalisation d'une vie entièrement et totalement commune.

Or le fondement de ces relations ne pouvait se concevoir

d'unité très certain; de cela la théorie de PERNICE ne permet pas de rendre compte. Toutefois, à son avis, des différences sépareraient encore ces trois formes à l'époque classique : le seul associé de tous biens peut user du bénéfice de compétence, et d'autre part le *politor* répondrait seul de sa *culpa*, alors que les autres associés ne répondraient que de leur dol et de leur *culpa lata*. Or en ce qui concerne la responsabilité de l'associé, nous verrons que l'unité de règles avait été nettement établie avant la fin de l'époque classique. D'ailleurs le caractère infamant de l'action *pro socio* dans tous les cas permet d'affirmer l'unité de la notion de *societas* dès les débuts de l'époque classique au moins.

On ne peut donc, semble-t-il, rapprocher ni la société ordinaire, ni la *societas o. b.*, du *consortium*. Dans tous les cas la différence essentielle reste qu'au cas de société, le rapport qui unit les associés est un contrat, alors que le *consortium* est une situation purement successorale (en ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, p. 653 et s.) (Pour l'étude des différentes règles de la société, sur lesquelles nous devons constamment nous appuyer, nous ne pouvons que renvoyer, d'une manière générale, aux analyses faites successivement au cours de ce travail).

Il reste enfin à signaler la théorie de LASTIG, *op. cit.*, p. 427 et s.; LASTIG veut voir, non pas dans le *consortium* ordinaire, une première forme de société, mais dans le *consortium voluntarium*. Suivant Papinien, au D., 17, 2, *Pro socio*, 12, 8, il y aurait un *consortium voluntarium*, au cas où des héritiers siens seraient restés groupés, après la mort de leur *paterfamilias*, en supportant, suivant la volonté du testateur, le retour à la communauté familiale des fils émancipés. Les frères, une fois la succession partagée, auraient donc remis tout en commun pour vivre toujours unis. Or, pour LASTIG, cela résulterait d'un ordre imposé par le *pater* aux fils émancipés : le testateur les aurait obligés à rapporter à la succession tous les biens reçus ou acquis du vivant du *paterfamilias* : cela eût été le but primitif de la *collatio emancipati*. D'ailleurs on aurait dû, à ce moment là, introduire dans un pacte des clauses particulières, relatives aux acquisitions de chacun d'entre eux, et ces conventions tout d'abord secondaires, seraient devenues peu à peu l'élément essentiel. De là serait donc sortie la société commerciale. En réalité la communauté de biens ainsi établie n'était qu'une communauté de biens contractuelle; mais surtout un tel développement du *consortium* aurait dû se passer au moment où n'existait pas encore, ni la *collatio emancipati*, ni surtout le droit de succession des émancipés. En ce sens, PERNICE, *Parerga*, 3, p. 74 et s.; GIRARD, *Manuel* 6, p. 859 et 911.

que si au préalable déjà des sentiments communs poussaient à une telle union ceux qui l'avaient recherchée. Des relations de famille pouvaient en être souvent la cause, mais il faut avant tout y voir les propres effets de l'amitié : l'ami, en effet, parent ou étranger, ne peut avoir de biens qui ne soient ceux de son ami : conséquence nécessaire aux époques primitives, mais qui dès la fin de la République, n'aura plus que la valeur d'un simple précepte moral. Cicéron pourra rappeler que la plus belle et la plus solide de toutes les sociétés est celle d'individus qu'ont unis une même formation et une même éducation (1) ; ils sont naturellement amis et rien ne saurait être plus fort que cette amitié qui en résulte : par elle s'établit entre eux un échange de bienfaits donnés ou reçus, une communauté où chacun met à la disposition de tous ses propres moyens, ses propres ressources (2). Au VII^e siècle, l'*amicitia* n'entraînera plus entre les amis qu'une simple union de fait : ils sont unis par une simple communauté de sentiments. Mais aux époques de vie plus rustique et plus intime, des effets plus graves devaient en découler (3). L'ami veut poursuivre une vie commune à celle de son ami : la communauté de tous les biens en résultait nécessairement. Car l'amitié, dans ses effets pratiques, conçue certainement tout d'abord comme un simple échange de services matériels, par là, devait rapidement tendre à une mise en commun des richesses : la mesure de

(1) Cicéron, *De officiis*, I, 17, 55 : *sed omnium societatum nulla pretantior est, nulla firmitior, quam cum viri boni moribus similes sunt familiaritate coniuncti.*

(2) Cicéron, *De officiis*, I, 17, 57 : *nihil autem est amabilius nec copulatius, quam morum similitudo honorum, in quibus enim eadem studia sunt, eadem voluntates, in iis fit, ut aequè quisque altero delectetur ac se ipso, efficiturque id, quod Pythagoras vult in amicitia, ut unus fiat ex pluribus.*

(3) L'importance de l'ami dans la vie se traduisait dans l'organisation même de la famille, car, dans le *iudicium domesticum* qui assurait la justice domestique, on trouve et les *amici* et les *propinqui* ; Gaius, II, 25, en parle encore ; en ce sens, PAÏS, *Storia di Roma*, II, 3^e éd., 1926, p. 388.

l'amitié la plus forte ne pouvait se trouver que dans le nombre lui-même de biens mis en commun. D'ailleurs tous les hommes qui se réunissent en société pour un motif quelconque, étaient cependant regardés comme de véritables amis (1). Plus tard l'amitié ne résidera plus que dans les cœurs. Si Cicéron dit encore *amicorum esse communia omnia* (2), Sénèque distinguera nettement l'ami de l'associé : *non enim mihi si cum amico communia omnia sunt, quomodo cum socio, ut pars mea sit, pars illius* ; les idées ont profondément évolué (3).

*

L'amitié ne tirait des conséquences aussi graves par l'effet du seul sentiment ; elles répondaient aux besoins de l'époque et de l'état économique.

La vie simple et modeste, tournée vers des occupations agricoles, de même qu'elle favorisait la vie de la famille, poussait aussi les amis, sortis du cadre familial, à reformer entre eux ce lien de solidarité matérielle et morale et à consacrer toutes leurs forces aux soins d'un patrimoine qui pouvait assurer leur existence. D'ailleurs l'absence, en ces périodes de guerres fréquentes, pouvait favoriser certaines de ces unions, comme le *consortium*. Par elle la continuité dans la gestion du patrimoine est assurée ; le *socius* ne sera pas *indefensus*, le culte de ses *sacra* sera toujours accompli (4). Mais les

(1) En ce sens, DEGAS, *L'amitié antique*, thèse Lettres, Paris, 1894, p. 394.

(2) Cicéron, *De off.*, 1, 17, 55.

(3) Sénèque, *De benef.*, 7, 12. — Le parallèle que l'on pourrait établir entre les effets juridiques de l'amitié en Grèce et à Rome serait facilement réalisable. Pour les Pythagoriciens, l'amitié était à la fois « une égalité de biens et de sentiments » (Diog. Laërte, VII, 1, 10). Pour Aristote, elle ne sera plus une communauté de biens, mais simplement l'union des cœurs : *Ethic. Nicomach.*, VIII, IX, 1. L'évolution se vérifie ici rigoureusement ; en ce sens, DEGAS, *op. cit.*, p. 24 à 34 ; 380.

(4) Sur l'utilité de la *procuratio* au cas d'absence, voir LE BRAS, *L'évolution générale du procureur en droit privé romain des origines au*

textes permettent-ils un rapprochement entre le *socius* et l'*amicus*?

Dans l'œuvre de Plaute, l'amitié entre jeunes gens est maintes fois dépeinte avec tout ce qu'elle comporte de confiance réciproque. Leur dévouement va même jusqu'au sacrifice, les Captifs en offrent un bel exemple (1). Mais c'est Térence qui signale le rapprochement :

*filium meum amico atque aequali suo
video inscruire et socium esse in negotiis* (2).

Et l'auteur de la Rhétorique à Herennius reprend : *si societate atque amicitias studiose dicemus coli convenire* (3).

Cependant entre l'*amicus* et le *socius*, il faut signaler une différence qui ne pourra que s'accroître. L'*amicus* collabore activement et sous le coup d'une obligation volontairement prise. Cela résulte de la différence de fondement des devoirs qui incombent à l'un et à l'autre : l'*amicus* se plie à des obligations morales et naturelles qui ne sont par elles-mêmes qu'une réalisation de son amitié, au contraire le *socius* s'est plus fortement engagé, il respecte la *fides*, il accomplit ce qu'il a promis (4). Les deux notions se complétaient aux ori-

ne siècle, thèse Droit, Paris, 1922, p. 30. Il serait intéressant de rapprocher de l'évolution suivie par le contrat de société, celle identique sur certains points, suivie par le mandat : tous deux, en effet, consistent en un ensemble d'obligations où les intérêts des parties en relations au lieu de s'affronter comme dans la vente, par exemple, tendent au contraire à s'unir pour une collaboration efficace; en ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 652.

(1) En ce sens, MICHAUD, *Histoire de la comédie romaine*, t. 2, 1920, p. 35 à 42.

(2) Térence, *Heaut.*, III, 1, vv. 8-9, *P. Terentii comoediae*, Fleckeisen, Leipzig, Teubner, 1881, p. 146.

En ce sens, COSTA (E.), *Il diritto privato nella comedia di Terenzio*, *Archivio giuridico*, 1893, t. 50, p. 493.

(3) Incerti auctoris de ratione dicendi, *Ad. C. Herennium*, liv. IV, 3, 3-4, 15, Marx, Leipzig, Teubner, 1894.

(4) Cicéron, *Pro P. Quinctio*, 6, 26 : *Etenim si veritate amicitia, fide societas, pietate propinquitus colitur, necesse est iste, qui amicum, socium, ad finem fama ac fortunis spoliare conatus est, vanum, se et perfidiosum et impium esse fateatur.*

gines ; les auteurs accolent les termes ; mais plus tard le *socius* perdra ce caractère intime.

D'exemples de sociétés entre parents ou amis nous n'en avons aucun pour cette époque. Cependant on peut en établir deux traits particuliers qui permettent d'en déduire les caractères essentiels. La société primitive exige une confiance absolue entre ses membres, et d'autre part une mise en communauté de tous leurs biens.

L'engagement d'un associé envers son associé est sacré (1) ; pour Ennius, c'est une *sancta societas* que leur union : la *fides* doit y régner : *nulla sancta regni societas nec fides est* (2). La *fides* dont le respect est ainsi promis, provoquera dans leurs multiples rapports, de nombreux effets : *fidem opiferam socium advocant* (3). Aussi pour Plaute, accuser un individu d'être un *sociofraude*, est une véritable injure (4).

Mais un tel engagement entraîne-t-il obligatoirement la mise en communauté de tous les biens ? Longtemps le terme de *societas* a signifié communauté, et celui de *socius* compagnon ou copropriétaire. Etymologiquement la chose se vérifie (5).

(1) Cet engagement portait sur l'accomplissement d'un véritable devoir ; Cicéron insistera sur son importance et les lourdes conséquences qu'il emporte.

(2) Q. Ennius, *Thyestes, Fabulae*, XV, vv. 303-304. Q. Enni *Carminum reliquia*, Mueller, Ricker, 1884, p. 119. Cicéron a cité par deux fois ce texte au *De officiis*, 1, 8, 26, et au *De republica*, 1, 32, 49. Tite-Live imite cette phrase d'Ennius en parlant de l'association de Tatius et de Romulus : U. C., 1, 4 : *infidem esse societatem regni* ; Lucain (*Pharsale*, 1, v. 92) dira aussi : *Nulla fides regni sociis*.

(3) Q. Ennius, *Cresphante*, 7, 165 : *Ennianae poesis reliquiae*, Vahlen, Leipzig, Teubner, 1854.

(4) P. *Sociofraude*. — B. *Sunt mea istaec*. — P. *Parricida*. — B. *Pergatu*. — Plaute, *Pseud*, 1, 3, v. 128. En ce sens, COSTA (E.), *Il diritto privato nella comedia di Plauto*, Turin, Bocca, 1890.

(5) *Sequor-eris, secutus sum, sequi* : suivre ; *socius, ii* (m.) : compagnon, allié ; *societas-atis* (f.), association, société ; cf. MICHEL BRÉAL et BAILLY, *Dictionnaire étymologique latin*, Paris, Hachette, 1885. — *Sequor-i, -utus sum* : suivre, accompagner, poursuivre ; grec : *ἔπομαι, εὑπόμην, ἀσσεύω* : aider, se tenir près ; sanscrit, *sak', sak-é, si-sak'-mi* (*sequor*), *sap sap-á-mi*

Chez Plaute, le *socius* est celui qui est copropriétaire, qui est en communauté : le lien social le rattache à une *communio* (1). Le Digeste en a gardé des traces très nettes. de même que les Institutes de Gaius : le *socius* peut être celui qui a contracté une société comme celui qui se trouve pour une raison quel-

(sequor, colo), sak'-i-s (ami), sak'-i-vos (compagnon) — *socius* : prendre un parti, associé, copartageant, allié, confédéré ; grec : ἀσσεύω : aider, se tenir près, ἀσσητήρ : aide ; sanscrit : sakhà (sākhi) : compagnon, camarade, ami. En ce sens WALDE (A.). *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, Winter, 1900, 2^e édit.

(1) Plaute, *Mostell.*, I, 3, vv. 119-20 :

Ubi sese sudar cum unguentis consociavit, ilico

Itidem olent, quas cum una multa jura confudit cocus.

Rud., II, 6, vv. 3-4 :

Nam si quis cum eo quid rei commiscuit,

Ad hoc exemplum amittit ornatum domum.

Amph., I, 1, v. 228 :

Nam Amphitruonis socium dudum me esse volui dicere.

Asin., II, 2, v. 22 :

Illic homo socium ad malam rem quaerit quem adjungat sibi.

Bacch., V, 1, v. 19 :

Euge, socium aerumnoe et mei mali video.

Cistell., IV, 2, v. 78 :

Sociam te mihi adopto ad meam salutem.

Men., I, 2, v. 25 :

Avorti praedam ab hostibus nostrum salute socium.

Rud., I, 2, vv. 71-3 :

O Palemon, sancte Neptunis comes,

Qui aerumnae Herculae socius esse diceris,

Quod facinus video?

I, 4, vv. 18-9 :

A. Dic ubi's? P. Pol ego nunc in malis plurimis.

A. Socia sum nec minor pars meast quam tua.

Vidul., IV, vv. 1-2 :

Ibo et quaeram, si quem possim sociorum nanciscier.

Seu quem norim qui advocatus adsit.

Mil. glor., IV, 2, v. 22 :

Socium tuorum consiliorum et participem.

Rud., IV, 3, v. 84 :

Quo argumento socius non sum et fur sum? facdum ex te sciam.

IV, 3, v. 87 :

Mane : rem repperi quo pacto nec fur nec socius sies.

conque posséder un esclave ou un bien en indivision avec un autre acheteur, héritier ou légataire (1). Le nombre des cas où *socius* est employé dans le sens de copropriétaire est même plus grand numériquement que celui où il est employé avec la signification de participant à un contrat de société (2).

Dans Plaute nous pouvons trouver dans des cas assez singuliers quelques indications plus précises : c'est le cas de deux individus que les circonstances ont fortuitement unis : ruinés totalement tous deux, ils veulent s'associer, leurs fortunes sont égales, l'apport fait par chacun sera complet :

Vel consociare mihi quidem tecum licet

Aequas habemus partes.

Cette idée d'égalité des parts de chaque associé (3) apparaît à nouveau :

Socio sum nec minor pars meast quam tua (4).

De là on peut conclure qu'entre des associés, il était nécessaire qu'il existât une communauté de biens, leurs rapports étant dominés d'ailleurs par une confiance absolue. Que cette communauté soit entre eux universelle, des arguments que fourniront les époques plus tardives permettront de l'établir ; cependant la nature du lien d'amitié qui doit unir des associés, même s'ils étaient déjà parents, devait naturellement les entraîner à de pareilles conséquences. Une association dans le sens total du mot est celle qui s'étend à toute la fortune pré-

(1) Gaius, IV, 42 : *adjudicatio est ea pars formulae qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare; ...inter socios communi dividundo.* Ulpien, R., 19, 16 : *Adjudicatione domini nanciscimur per formulam familiae herciscundae, quae locum habet inter coheredes, et per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios, et per formulam finium regundorum, quae est inter vicinos.*

(2) En ce sens, FERRINI, *op. cit.*, p. 3.

(3) Rudens, II, vv. 67-8.

(4) Rudens, I, 4, 19. En ce sens, DEMELIUS, *Zeitschrift f. R. G.*, t. 2, p. 195 ; KNIEP, *Gai Commentar.*, p. 326.

sente et future, pendant toute la durée de la société (1). L'union des personnes entraîne l'union totale des biens.



Cette idée de communauté devait trouver une application dans un domaine très particulier. Un cas où très fréquemment à Rome, les amis se devaient assistance mutuelle est celui du débiteur qui, devant fournir à son créancier une garantie, appelle ses amis comme *sponsores*, comme codébiteurs de sa dette. Or Gaius, III, 122, montre dans ce cas que les relations qui existaient entre des *socii* ordinaires viennent s'appliquer, modifiant ainsi des règles juridiques d'un domaine cependant différent.

Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Appuleia quandam societatem introduxit. Nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo quod amplius dederit, adversus ceteros actiones constituit. Quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur. Unde quaeritur an post legem Furiam adhuc legis Appuleiae beneficium super sit. Et utique extra Italiam superest. Nam lex quidem Furia tantum in Italia valet, Appuleia vero etiam in ceteris provinciis. La loi Appuleia établit une *quandam societatem*, une société entre les *sponsores* et les *fidepromissores* (2).

(1) En ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 3; KRÜGER (H.), *op. cit.*, p. 458-459; LENEL, *Edictum* ³, 1927, p. 297; LEIST, *op. cit.*, p. 25; GIRARD, *Manuel* ⁶, p. 585; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 652; JÖRS, *Röm. Rechtsgeschichte*, 1927, p. 166; MAYR, *Röm. Rechtsgeschichte*, 1912, II, 2, p. 73; KNIEP, *Gai Commentar.*, p. 318; SALKOWSKI, *Quaestiones*, p. 19 et s.; PERNICE, *Labeo* ⁴, p. 444, § 5, et *Parerga*, p. 66 et s., admet que l'ancienne société était universelle, mais pour lui elle suivra une évolution différente des sociétés classiques d'acquêts ou *unius rei*; de même FERRINI, *op. cit.*, p. 15.

(2) Gaius, III, 122; voir LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fidejussio, Einige Grundfragen zum römischen Burgschaftsrecht*, Berlin, Vahlen, 1907; APPLETON, *Z. S. S.*, 26, 1905, p. 3 et s.; DESSERTAUX, *Capitis deminutio*, p. 216 et s.; PERROT, *C. R. de LEVY, N. R. H.*, 1908, p. 102 à 111.

Dans l'opinion dominant actuellement, la loi Appuleia est du ^{vi}^e siècle de Rome. Elle est en effet antérieure à la loi Furia. Cette dernière est postérieure à 513 de Rome, car elle suppose au moins l'existence de la Sicile en tant que province (1). D'autre part, étant antérieure à la loi Æbutia qui date du début du ^{vii}^e siècle, et enfin comme, suivant le texte même de Gaius, elle est antérieure à la loi Vallia, on doit donc la placer au ^{vi}^e siècle (2).

Antérieurement à la loi Appuleia, la *sponsio* ne servait à créer entre les *sponsores* que des obligations principales (3). Le créancier pouvait donc agir contre celui qui lui semblait le plus solvable. Le vieux droit civil ne distinguait pas entre les cautions entre elles, ni entre elles et le débiteur principal. Aussi exécutée par l'un d'eux, l'obligation se trouvant alors sans objet, était éteinte; aucune société n'est établie, car elle est inconciliable avec ces idées (4).

Cependant le créancier était tenu au moins moralement de

(1) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 733.

(2) En ce sens, LEVY, *op. cit.*, p. 68; DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 216; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 733; CUQ, *Manuel*, p. 648; GIRARD, *Manuel*⁶, p. 776, n. 4; MITTEIS, *Privatrecht*, p. 52, n. 30; SOHM, *Institutionen*, 16^e éd., p. 301, n. 11; SENN, *Leges perfectae*, p. 72 et s. *Contrà*, APPLETON, *Revue de législation*, 1876, p. 541-581, *op. cit.*, p. 36; *Nouvelles observations sur la loi Furia de sponsu*, *Mélanges Gérardin*, p. 19 : la loi Appuleia serait de 651; il s'appuie sur ce fait qu'un certain Appeleius fut tribun cette année-là; de plus cette époque est marquée par de nombreux troubles et rendrait facilement compte du caractère violent de la loi Furia.

(3) L'origine plus ou moins différente qu'on peut attribuer au lien qui unit les cautions entre elles et relativement au débiteur principal, ne modifie pas les résultats certains au ^{vi}^e siècle : la caution est engagée *in uno actu*, par un *idem*; elle est au même degré et de la même façon tenue que le débiteur principal. Seule l'intransmissibilité passive de l'obligation de la caution les distingue; mais elle s'explique par le fait que la caution rend un service personnel et que ce sont des relations personnelles qui unissent cautions et débiteur principal; en ce sens, LEVY, *op. cit.*, p. 45 et s.; GIRARD, *Manuel*⁶, p. 177; J. KERR UYLIE, *Studies in Roman Law*, n° 4, *Solidarity and Correality*, 1923, *C. R. DUQUESNE*, *N. R. H.*, 1926, p. 315 et s.

(4) Gaius, IV, 108 : *qua de re actum semel erat de ea postea ipso iure agi non poterat*. En ce sens, LEVY, *op. cit.*, p. 67.

s'adresser en premier au débiteur principal. Un moyen efficace sanctionnait d'ailleurs ce principe : il y avait un déshonneur pour le débiteur principal qui laissait poursuivre ses amis, et le *sponsor* poursuivi avait une action d'injures contre le créancier qui, sachant le débiteur principal solvable, aurait cependant poursuivi une caution (1). Mais entre *sponsores* il n'existait aucun recours (2). Aussi il est toujours possible que des stipulations intervenaient entre les *sponsores* et les *fidepromissores* : ils pouvaient ainsi former une société d'assurance mutuelle contre le risque d'insolvabilité du débiteur (3).

La loi Appuleia devait consacrer cette coutume, faire de cette situation de fait une situation de droit ; recherchant l'intention qui pousse les cautions à s'engager en faveur du débiteur, elle vient reconnaître cette quasi-société qui est née entre eux, organisant ainsi le recours de la caution poursuivie contre ses coassociés : on évitait ainsi que l'un d'eux ne supportât toute la dette (4). Gaius, au passage cité, est très net : *si quis horum plus sua portione solverit*.

Mais cette loi ne consacre pas entre eux qu'un simple recours, elle établit effectivement une société. Cependant Gaius aurait usé du mot *societas* comme d'une simple figure, voulant par là dire que cela doit se passer avec toute la bonne foi possible,

(1) Gaius, D., 47, 10, 19. Cicéron a encore des scrupules à actionner un sponsor-caution en premier lieu : *ad Attic.*, 16, 15, 2 ; en ce sens, LEVY, *op. cit.*, p. 40-41.

(2) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, 733 : à l'égard du débiteur principal, les cautions avaient avec la loi Publilia un recours : la *manus injectio pro iudicato*, si le remboursement n'avait pas lieu dans les six mois. Antérieurement à la loi, il y avait sans doute une sanction que la loi *Julia municipalis* permet de soupçonner : l'infamie. En ce sens, APPLETON, *op. cit.*, p. 36.

(3) En ce sens, APPLETON, *op. cit.*, p. 29-30. Pour lui ces stipulations étaient en fait de toute nécessité pour éviter les marchandages que les cautions, au cas d'insolvabilité du débiteur principal, n'auraient pas manqué de faire avec le créancier, pour s'assurer contre tout paiement. — De même, DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 218 ; LEVY, *op. cit.*, p. 69, n. 3.

(4) En ce sens, LEVY, *op. cit.*, p. 69, n. 3.

convenablement et avec tous les égards nécessaires comme entre des coassociés (1). Mais une telle manière de voir n'est pas conforme aux termes employés par Gaius, car il signale un cas d'application de la *societas*, singulier peut-être, mais néanmoins certain. Il existait toujours à son époque (2).

Cette *quaedam societas* ne modifie donc pas le rapport des cautions avec le débiteur principal, ni avec le créancier; elle ne vient que régler les rapports particuliers des cautions entre elles. Elle donne une action nouvelle contre les cautions qui n'ont pas payé. Son fondement se trouve dans les rapports directs des *sponsores* entre eux; elle était logique et conforme à l'idée de communauté par parts égales qui caractérise le contrat de société primitif. On comprend que, s'étant engagés non seulement *uno actu*, mais même *idem una voce*, les *sponsores* puissent vouloir régler leur situation comme une situation juridique déjà reconnue entre des amis. Le développement commercial, l'augmentation des rapports avec l'étranger, la situation politique, tout favorisait et exigeait même un allègement de la situation des cautions (3), qui existant en fait, n'avait qu'à être reconnu et sanctionné par le droit.

Mais rapidement, sous les effets de mouvements populaires violents, cette idée de société devait, contrairement au caractère strictement personnel et secret de la *societas*, modifier les rapports des débiteurs cautions avec leurs créanciers. En effet par la loi Furia, le créancier est obligé de diviser ses poursuites; il ne peut plus agir contre chaque *sponsor* que pour la

(1) PERNICE, Z. S. S., t. 19, 1898, p. 181.

(2) Gaius, en effet, précise le domaine de la loi Appuleia à son époque, III, 122 : *...extra Italiam (beneficium) superest*; elle s'applique encore *extra Italiam*, entre *fidepromissores*, tenus en vertu du droit des gens : III, 93 : *ceterae vero (obligationes verborum) iuris gentium sunt*; III, 122 : *nam lex quidem Furia tantum in Italia valet*; en ce sens, DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 216; KARLOWA, R. R. G., II, p. 733; APPLETON, *op. cit.*, p. 30; LÉVY, *op. cit.*, p. 68.

(3) En ce sens, LÉVY, *op. cit.*, p. 69-70; APPLETON, *op. cit.*, p. 5; KARLOWA, *op. cit.*, p. 733.

part qui, normalement, aurait dû lui incomber. Exceptionnellement, le créancier prend donc en considération la société qui unit les *sponsores* (1) : *Item sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur et quotquot emerunt numero eo tempore quo pecunia peti potest in tot partes deducitur inter eos obligatio et singuli in viriles partes obligantur* (2) : chaque *sponsor* ne répond que d'une part virile de la dette (3).

Il est certain que seul le mouvement révolutionnaire à cette époque permit le sacrifice des droits et intérêts du créancier ; mais, en réalité, la loi Furia entraînait des conséquences qui ne dérivait plus de l'idée de société. La situation des cautions en était fortement améliorée. Cependant ce caractère de cautions-associés ne tarde pas à disparaître, tout au moins en Italie. D'ailleurs la souplesse du rapport que va créer la fidéjussion ne rend plus nécessaire cette idée de *societas*.

En définitive, cette application spéciale de la sanction de toute société à cette époque encore ancienne, se comprend lorsqu'on veut voir ici des situations juridiques qui se rattachent surtout au domaine des obligations entre amis. Ils se sont engagés à aider l'un des leurs ; ils ont mis en commun leur fortune dans la mesure de la dette ; entre eux comme dans toute société, les dommages sont communs : ils subissent les conséquences de leur confiance et de leur engagement.



Des amis sont habituellement, à Rome surtout, du même rang social, de fortune sensiblement égale ; Cicéron, plus tard, insistera encore sur ce caractère des associés, dans le *Pro Quinctio* en particulier. Mais des amis pouvaient-ils former

(1) LÉVY, *op. cit.*, p. 71.

(2) Gaius, III, 121.

(3) La loi Furia posait en outre le principe que toute obligation des *sponsores* était éteinte par le laps de temps de deux années.

une communauté de biens où l'un plus fortuné apporterait tous ses biens et l'autre, pauvre et sans richesse, n'apporterait que le produit de son travail ? La question peut être résolue grâce à des exemples de conventions passées entre propriétaire du sol et des ouvriers agricoles ordinaires ou spécialisés. A Rome, au ^{vi}^e siècle pour le moins, de tels accords ne furent jamais envisagés comme des pactes sociaux.

Dans la Rome primitive, le propriétaire cultivait lui-même ses terres. Mais dès la fin du ^{vi}^e siècle, les biens des paysans font lentement place aux *latifundia*(1), et cependant l'esclave n'a pas encore supplanté le travailleur libre. Aussi au moment de la moisson, par exemple, le propriétaire devait prendre à la journée des ouvriers ou traiter avec un entrepreneur pour la totalité de la récolte de sa vigne ou de ses olives, moyennant un prix quelconque. Caton parle précisément de ces conventions : *R. r.*, chap. 144 : *Oleam legendam hoc modo locare oportet* ; *R. r.*, 145 : *Oleam faciundam hoc lege oportet locare*. Le contrat est donc expressément désigné comme étant une *locatio-conductio*. Il est conclu contre argent liquide tout en se complétant parfois de prestations accessoires (*accessiones*)(2). Le *redemptor* a les ouvriers sous ses ordres, il s'en procure un nombre suffisant, les paie, mais traite seul avec le propriétaire (3). Caton n'envisage pas les rapports entre ouvriers, ni même ceux entre le *redemptor* et ses ouvriers, tout en qualifiant ces derniers de *socii* : ils sont peut-être unis entre eux

(1) En ce sens, MARQUARDT, *Vie privée des Romains*, I, p. 461 ; CUQ, *Institutions*, 1891, 1, p. 627.

(2) *R. r.*, chap. 144, 4 et 14 ; chap. 145, 3 et 11 : c'est précisément l'existence de ces *accessiones* en nature qui permet de penser que la *merx* était avant tout en argent ; en ce sens, HUVELIN, *Le furtum*, I, p. 239.

(3) Le paiement des ouvriers peut avoir lieu à tant par jour et par homme ou au contraire on peut attribuer au *redemptor* une rémunération forfaitaire pour l'ensemble du travail. Caton semble distinguer les deux hypothèses : CXLIV, 3 : *quae ejus pars erit, omne deducetur neque debebitur* et CXLV, 1, 5 : *si operarii conducti erunt aut facienda (olea) locata erit*.

par un contrat quelconque, ou mieux ils sont peut-être membres d'un même collège (1).

Mais le propriétaire pouvait aussi donner à ferme à un colon des biens trop vastes ou trop éloignés. Caton en prévoit une forme : *Vineam curandam partiario, bene curet fundum, arbustum, agrum frumentarium, partiario faenum et pabulum, quod bubus satio siet, qui illic sient. cetera omnia pro indiviso* (2). Le colon soignera la vigne, cultivera la terre et recevra le foin et tout ce qui est nécessaire à la nourriture de ses bœufs ; quant aux autres fruits, ils sont indivis entre lui et le maître. Comme aucune proportion ne nous est indiquée, il y a tout lieu de croire que le partage se faisait par parts égales ; ce qui assure au propriétaire une forte part dans les revenus, mais qui peut se comprendre par le fait que le colon garde pour lui tous les avantages qui résultent de l'élevage de son bétail (3).

Par ce pacte un individu apporte une chose immobilière, un autre fournit son travail ; et ils partagent les fruits suivant une

(1) CXLV, 1 : *Oleam legendam hoc modo locare oportet : ... 13. Ne quis concedat, quo olea legunda et faciunda carius locetur, extra quam si quem socium inpraesentiarum dixerit. Si quis adversum ea fecerit, si dominus aut custos volent, iurent omnes socii. Si non ita iuraverint, pro ea olea legunda et faciunda nemo dabit neque debebitur ei qui non iuraverit* ; CXMV, 1 : *Oleam faciundam hoc lege oportet locare : ... 5. Si... facienda locata erit... 8. Socium ne quem habeto, nisi quem dominus iusserit aut custos.* — BRUNS, *Fontes*, p. 48 et 49. — Il est certain qu'on ne peut nier l'existence de ces associations ; en ce sens, BEKKER, *Ueber die leges locationis bei Cato de re rustica*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, III, p. 430-431 ; Ferrini, *op. cit.*, p. 22 et s. ; Karlowa, *R. R. G.*, II, p. 656.

(2) R. r., CXXXVII.

(3) En ce sens, FERRINI, *op. cit.*, p. 29 et s. ; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 639-640. — Un seul texte classique permet un rapprochement entre ces deux institutions : *partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur* : D., 19, 2, 25, 6 : le propriétaire supporte les risques comme il reçoit les gains *quasi societatis iure*. En réalité Gaius ne déclare pas qu'il y a société ; l'emploi du mot *quasi*, si l'on ne veut aboutir à un non-sens, signifie que le colonat est, en ce qui concerne ce point spécial, soumis aux règles de la société : il est comme une société.

proportion fixée ou non au moment du contrat. L'existence d'une société où l'un des associés fournirait son travail comme apport se déduit-elle de là ?

En réalité pour le bailleur le fait de ne pas avoir *locare nummis* ses biens, mais *partibus locare*, est tout à fait étranger à la nécessité de l'existence d'une société ; le partage qui en résulte est plus équitable parfois, mais c'est surtout l'activité du *colonus* qui est excitée par là (1). D'ailleurs il manquerait un caractère essentiel à cette société par le fait de la subordination dans laquelle se trouvent les travailleurs à l'égard du propriétaire (2). Que le propriétaire se soit réservé une quantité déterminée de fruits (3) ou une part proportionnelle de la récolte, cela reste une question secondaire (4).

La *politio* est un pacte qui intervient entre le propriétaire

(1) D., 47, 2, 26, 1 et 19, 2, 25, 6. Cette distinction se retrouve dans une lettre de Pline où il se plaint de la difficulté de trouver de bons fermiers, aussi va-t-il avoir recours à des colons : *Si non nummo, sed partibus locem ac deinde ex meis aliquos operis ex actores custodes fructibus ponam* : Ep., 9, 37, 3 ; il se propose donc de louer des terres pour plus de cinq ans, mais non pas *pro nummo*, c'est-à-dire moyennant une somme fixée, mais *partibus*, et d'avoir quelques contrôleurs pour surveiller ses métayers. En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 639.

(2) En ce sens, COSTA (E.), *Storia*, p. 381, n. 1 ; PERNICE, *Parerga*, p. 53 et s. ; CUQ, *Institutions*, 1891, p. 627 et 663 et s. *Contrà*, LASTIG, *Beiträge*, Z. f. Handelsrect, 24, 1879, p. 407 à 449, qui veut voir dans ces pactes les premiers exemples de sociétés à Rome.

(3) Tite-Live, XXVII, 3, 1, donne un exemple de location des domaines de l'État : *tecta urbis fruenda locarentur*... Or même dans ce cas de location, l'État se réserve une quantité fixe de blé.

(4) Caton, *R. r.*, XIX : *Calcem partiario coquendam qui dant ita datur. perficit et coquit et ex fornace calcem eximit calcarius et ligna conficit ad formacem. Dominus lapidem, ligna ad fornacem, quod opussiet praebet*. Caton donne ici un autre exemple de pacte partiaria entre un propriétaire et un simple ouvrier.

A ce sujet, il est intéressant de rappeler la théorie de LASTIG, *op. cit.*, p. 389 et s. LASTIG avait voulu distinguer deux grandes classes de contrats de société : les « sociétés bilatérales » où tous les associés apportaient des biens, et d'autre part les « sociétés unilatérales » où l'un des associés faisait à la société l'apport de son travail. Dans ce dernier groupe, il distin-

d'un terrain et un ouvrier agricole expérimenté (1); ce dernier s'engage à cultiver le terrain, à condition de recevoir le huitième des produits, si le sol est bon, le septième dans un sol ordinaire, le sixième dans un sol médiocre. Dans les meilleurs terrains, il peut parfois n'avoir droit qu'au neuvième. En outre, s'il fait moudre ses récoltes avec celles du propriétaire, sa part sur les produits de la mouture reste toujours la même (2).

Le *politor* est un homme expérimenté dans les questions agricoles et le propriétaire l'engage pour surveiller et diriger ses cultures. Si comme traitement il ne recevait que de l'argent, il y aurait *locatio*, mais il reçoit une *merces* qui consiste en une part dans les fruits engrangés. Or le *politor* va soigner particulièrement ses travaux : *Politiones agrorum cultus diligentes, polita omnia dicimus ex cultu et ad nitorem deducta* (3). Pour Caton, *polire agrum* ne saurait être confondu avec *colere agrum*; si le propriétaire engage cet homme, c'est pour s'assurer des revenus supérieurs (4). Le *politor*

guait à nouveau les « sociétés de travail » où un capitaliste engage un travailleur à charge pour lui de lui donner une part des revenus et les « sociétés de capital » où un entrepreneur de travaux ou un travailleur cherche un capitaliste, à charge pour cet ouvrier de donner une partie de ses bénéfices à l'autre associé. Mais cette théorie s'appuie sur une distinction dont on ne trouve aucune trace en droit romain; mais surtout elle est inexacte, car tous les exemples de sociétés unilatérales donnés par LASTIG ne sont que des cas de louage d'ouvrage, notamment Caton, *De re rustica*, ch. 144-146.

(1) En ce sens, PERNICE, *Parerga*, p. 58 et s.; FERRINI, *op. cit.*, p. 30 et s.; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 20 et s.; PERNICE, *Amoenitates iuris*, Z. S. S., 1886, t. 7, II, p. 97 et s..

(2) Caton, R. r., CXXXVI : *Politionem quo pacto partiario dari oporteat. in agro Casinate et Venafro in loco bono parti octava corbi dividat, satis bono septima, tertio loco sexta; si granum modio dividet, parti quinta, in Venafro ager optimus nona parti corbi dividat. si communiter pisunt, qua ex parte politori pars est, eam partem in pistrinum politor, hordeum quinta modio, fabam quinta modio dividat.*

(3) Nonius Marcellus, 47 : *Politiones agrorum cultus diligentes, ut polita omnia dicimus ex cultu et ad nitorem deducta.*

(4) Ennius, *Satyrarum*, 3 : *Testes sunt lati campi, quos gerit Africa terra politos.* Ennius, *Annali*, 8 : *rostros dentefabres capsit causa poliendi agri.* —

semblerait être d'une condition égale à celle du propriétaire et ne doit-on pas voir dans la *politio* une société ?

Or Caton nous indique la part qui revient au *politor* et non celle du propriétaire, car il serait incompréhensible que celle du propriétaire fut en raison inverse de la fertilité du sol, qu'il ait droit dans un mauvais terrain au sixième de la récolte et seulement au huitième dans un sol excellent. On s'explique au contraire que le salaire du *politor* diminue si la terre devient meilleure, ce qui le pousse à obtenir un rendement meilleur, du fait de l'augmentation de peine qu'il aura fournie.

Mais aussitôt cette part nous semble très faible, un neuvième à un cinquième : le *politor* ne peut vivre avec cela, lui et sa famille. De là découle une de ces nécessités, ou le *politor* a une autre source de gains, c'est qu'il est donc payé en argent, ou son engagement devait être de courte durée. Caton lui-même cite le *politor* à côté d'ouvriers agricoles ordinaires *operarium*, *mercennarium*, *politorem diutius eundem ne habeat die* (1). De ce texte on peut déduire que le *politor* pouvait être changé tous les jours, ce qui est contradictoire avec l'idée que l'on voudrait admettre d'un fermier-*socius* (2). D'ailleurs on ne peut admettre que Caton se soit servi dans deux paragraphes consécutifs de termes différents pour désigner le même contrat et le même preneur. On peut croire qu'il

Varron, *D. R.*, 3, 2, 5 : *sine fundo magno et eo polito cultura*. — Festus, *The.*, 296 : *polimenta a politione segetum aut vestimentarum*. — Pompeius, *Gest.*, liv. IV : *omnes perfectiones politiones antiqui vocabant*. — Dans Plaute, *expolire* indique l'achèvement d'un ouvrage d'une manière tout à fait soignée : *Mil. glor.*, IV, 4, vv. 37-8 : *satin'est si tibi*.

Meum apus ita dabe expoliturum, ut improbare non queas ?

(1) *R. r.*, 5, 4.

(2) On peut admettre que le propriétaire, soucieux de ses intérêts, changeait de *politores*, comparait les résultats de leurs travaux et ne reprenait l'année suivante que ceux qui lui avaient donné satisfaction : en ce sens, Cuq, *Manuel*, 1917, p. 478, n. 7; *Institutions*, 1891, p. 662 et 663 et n. 2.

oppose le *politor* au *partiarius*, ce dernier étant engagé pour une période beaucoup plus longue.

Cependant le texte lui-même de Caton permet également d'établir que le *politor* pouvait être engagé pour un temps relativement long, car il peut donner sa part de blé au moulin en commun avec le propriétaire et recevra une part de farine dans la même proportion que son blé. De plus les rubriques des deux chapitres 136 et 137 ont trait à un pacte *partiarius*, toutes deux (1). Il ne semble donc pas qu'il soit toujours un ouvrier agricole ordinaire. On pourrait, en effet, par sa nature d'ouvrier expert, le confondre parfois avec le *manceps* qui conduisait des troupes d'ouvriers agricoles, sans doute libres (2), allant entreprendre les récoltes dans les pays fertiles (3).

Sa science et sa situation lui permettaient-elles d'atteindre alors un rang que seuls la fortune et son rang social lui auraient assuré? Par lui-même le texte de Caton ne permet

(1) R. r., chap. CXXXVI : *politionem quo pacto partiario dari oporteat*; R. r., chap., CXXXVII : *vineam curandam partiario*. En ce sens, MOMMSEN, *Hist. romaine*, t. IV, p. 113-119.

(2) C. I. L., VIII, Suppl., 1223, n. 11824, lignes 7 et s.

*Et cum maturas segetes produxerat annus,
Demesser calami tunc ego primus eram.
Falcifera cum turma virum processerat arvis.
Seu Cirtae Nomados seu Jovis arva petens,
Demessor cunctos anteibam primus in arvis
Post tergus linguens densa meum gremia.
Bis senas messes rabido sub sole totondi;
Ductor et ex opere postea fractus eram.
Undecim et turmas messorum dominus annis.*

En ce sens, PERNICE, *Amoenitates*, p. 97 et s. L'hypothèse de travailleurs libres s'adapte mieux aux passages de Caton que celle qui admettrait ici des esclaves : en ce sens, HUVELIN, *Le furtum*, I, p. 239.

Varron, D. R., 1, 17, 2 : *omnes agri coluntur... mercennariis eum conducticiis liberorum operis res majores, ut vindemias ac foenicicia administrant*.

(3) Suétone, Vespasien, 1 : *patrem e regione Transpadana fuisse mancipem operarum, quae ex Umbria in Sabinos ad culturam agrorum quod annis commeare solent*.

pas de conclure ; cependant la nature même du contrat permet d'en nier ici l'existence. De même que pour le colonat partiaire, la façon dont un travail peut être rémunéré ne permet pas de conclure sur la nature de l'acte générateur de revenus. Primitivement on ne pouvait concevoir une égalité entre le travail et le capital, car leur comparaison demandait une détermination trop complexe de la rémunération du travail. La *politio* de Caton ne saurait donc être une forme de société (1).

La société primitive se présente donc comme une communauté de biens volontairement formée par des frères ou des parents poursuivant leur vie sur un patrimoine familial ou par des amis (2). Le lien qui les unit n'est plus, même lorsque

(1) *Contrà*, LASTIG, *Beiträge*, Z. f. *Handelsrecht*, 24, 1879, p. 407 et s.; PERNICE, *Parerga*, 1886, p. 58-66; FERRINI, *op. cit.*, p. 30-32; GIRARD, *Manuel*⁶, 586, n. 6; ces auteurs veulent voir, à tort, croyons-nous, dans la *politio* une source de société à but commercial.

PERNICE (FERRINI adopte entièrement le point de vue de PERNICE) a voulu en effet reconnaître dans la *politio* une troisième source du contrat de société, à côté de la *societas o. b.* et de la *societas quaestuararia*. Le *politor*, étant un travailleur expérimenté, aurait pu être considéré comme un associé. En réalité, étant donnée la nature des rapports entre associés, on ne peut, à l'époque de Caton, admettre la possibilité d'un semblable contrat de société. D'ailleurs PERNICE appuie, en partie, son argumentation sur un texte du Digeste, au titre *Pro socio* : 17, 2, 52; Celse décide que le *politor* est un associé, bien qu'il n'apporte à la société qu'*artem operamve*. Mais ce texte, étant de l'époque classique, ne saurait être un argument en faveur de la thèse de PERNICE. D'ailleurs Celse reconnaît que le *politor* était responsable, à l'égard du propriétaire, de son dol et de sa *culpa*; responsabilité donc plus lourde que la responsabilité normale de l'associé et qui ne peut trouver de raison historique que dans ce seul fait : le *politor* devait autrefois louer ses services à un propriétaire de terres; sa responsabilité devait donc être plus lourde que celle d'un associé.

(2) Les textes marquent bien l'importance du consentement : l'expression *coire societatem*, former une société, indique nettement ce désir d'une manifestation de volonté positive pour établir la communauté de biens. On peut lui rapprocher cette autre expression *adire hereditatem*, qui marque l'acte volontaire que des héritiers siens ne pouvaient d'ailleurs accomplir. Dans le

l'objet de cette *communio* est une masse de biens héréditaires, un lien d'origine successorale ; il a été voulu à sa formation, selon des formes que nous ne pouvons établir. De là viendront toutes les particularités de la *societas*, sa sanction spéciale, les clauses fréquemment variables, son extinction. Mais à cette époque encore ancienne, la volonté de chacun n'est pas causée par un désir de spéculation ; elle résulte de la nature même des rapports antérieurs qui unissaient les associés : elle en est la conséquence naturelle : ils étaient des amis, qu'ils aient été parents ou non.



Dans la cité, les individus étaient non seulement restés unis dans la famille ou le *consortium*, mais s'étaient groupés en des collèges ou d'une manière plus intime en des sociétés. Or les cités elles-mêmes pouvaient à leur tour trouver dans l'organisation de leurs relations un moyen d'assurer le règlement de besoins nombreux et nécessaires. C'est à cela précisément que vont tendre les traités d'*amicitia* ou mieux encore la *societas* : conventions créant une communauté d'armes ou des relations commerciales (1). Elles sont qualifiées d'ailleurs par des termes identiques à ceux qui définissent les relations privées des citoyens. Le mot *socius* se trouve avec un usage fréquent dans le sens de compagnon, d'allié, et cela dans les textes les plus anciens (2). Les éléments pour la formation de

Digeste *coire societatem* est employé en 58 textes différents, alors que l'expression *contrahere societatem* ne se rencontre que 16 fois : en ce sens, *Vocabularium*, v^o *Societas*.

(1) Rome et les Rhodiens auraient ainsi en 306 conclu un traité non d'alliance, mais simplement d'amitié : en ce sens, HOLLEAUX, *Rome, la Grèce et les monarchies helléniques au III^e siècle avant J.-C.*, 1921, p. 3.

(2) M. Porcii Catonis, *Fragm. originum*, 5, 95 : (200-170 avant J.-C.) : *ea civitas, cum amica atque socia populi Romani foret*.

M. Pacunius, *Chryses*, IV, 34 (80), (200-170 avant J.-C.) :

Cives, antiqui amici maiorum meorum

ces alliances sont identiques à ceux dont découle l'existence de la société. La *fides* règle tous les effets de la convention et par cette dernière les deux peuples tendent à collaborer en vue d'une opération commune, d'une victoire commune : *ut Allobroges... cum Catilina data atque accepta fide societatem confirmarent* (1). Caton dira également : *ubi societas, ubi fides maiorum* (2). Or dans une grande partie des textes, le *socius* doit être avant tout un *amicus* (3) : cela s'explique par les coutumes de l'époque. En effet, une distinction s'imposait entre l'*amicitia* et le *foedus sociale*. L'*amicitia* ou *pax* était conclue pour un temps limité ou à perpétuité, après ou même sans guerre. A ce traité s'oppose le *foedus sociale* qui comprenait, outre l'*amicitia*, des clauses spéciales concernant l'assistance réciproque que les deux peuples s'assuraient en cas de guerre (4). De là l'expression si fréquente *socius et amicus*.

En principe, la convention établissait l'égalité juridique des cités contractantes (5). En fait, Rome très rapidement imposa son alliance : les *amici populi Romani* devaient, pour devenir

Consilium socii, augurium atque ex tum interpretes.

Lex Acilia repetundarum (631). Textes Girard, I, 6, 1 : (*Quoi socium nominisve Latini exterarumve nationum, quoive in arbitratu dicione potestate amicitiatæ (populi Romani)...* — *Lex Antonia de Termessibus* (683-71). Textes Girard, I, 11, p. 69 :

iei omnes

*postereique eorum Thermeses maiores Peisidae
leiberi amicei socieique populi Romani sunt.*

(1) Salluste, *De Catilinæ coniuratione*, 44, 3.

(2) Caton, *Orationum reliquiae*, Jordan, Teubner, 1860, 19.

(3) L'adjonction des termes *socius* et *amicus* se retrouve dans la tradition grecque : Diodore, XXVIII, 15, 2 ; en ce sens, HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 47, n. 1.

(4) Le *foedus sociale* imposait aux contractants des obligations réciproques, mais moins lourdes que celles des *socii* : ils devaient ainsi observer en cas de guerre contre Rome une neutralité scrupuleuse ; en ce sens, HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 39.

(5) Cicéron, *in Verr.*, 2, 3, 20, 51 : *cum hoc munus imponebatur tam grave civitati, inerat nescio quo modo in illo foedere societatis quasi quaedam nota servitutis.*

socii, abandonner certains de leurs droits (1). Sa durée dépendait de la convention, mais toute alliance conclue avec un roi n'était pas applicable à ses descendants. Elle est regardée sans terme fixe, mais comme limitée au temps de la vie du roi (2), car Rome ne saurait s'engager à respecter la *fides* à l'égard d'un individu qu'elle n'a pu au préalable apprécier.

Donc, aux origines seulement, l'alliance comme la société de droit privé suppose des rapports antérieurs d'amitié. Rapidement ce ne seront plus que des modes de traités dont Rome réglera les clauses ; elle ne traite plus ses alliés en puissances égales, mais en puissances asservies. L'évolution du contenu du mot *socius* est par elle-même assez significative. Donc très rapidement tout rapprochement entre les *societates* de droit privé et de droit public cesse d'avoir quelque intérêt, mais il n'en reste pas moins que dans la Rome primitive on peut leur reconnaître certainement une similitude de fondement.

(1) En ce sens, MOMMSEN et MARQUARDT, *Droit public des Romains*, 6, 2, 214, n. 1.

(2) Paul, D., 17, 2, 1 ; Polybe, XXV, 3, 1 ; Diodore, XXIX, 305 ; Tite-Live, 40, 58, 9 ; 41, 42, 6 ; *Ann.*, 45, 9, 3 ; 42, 25, 4 ; 25, 10. En ce sens, HOLLEAUX, *op. cit.*, p. 49 et 72 ; MOMMSEN, *op. cit.*, 6, 2, 211, 4.

CHAPITRE II

LES SOCIÉTÉS A L'ÉPOQUE DES TRANSFORMATIONS POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES DU VI^e SIÈCLE DE ROME

SOMMAIRE. — Les conquêtes de Rome et l'extension du domaine de la Cité : leurs conséquences économiques. — Les grandes sociétés financières ; leur apparition lors des guerres puniques : elles consentent des prêts à la Cité, assurent les fournitures aux armées, l'exécution de nombreux travaux publics, la perception des impôts. Leur puissance politique et économique. — L'évolution des mœurs et la transformation de la vie économique : l'importance nouvelle du commerce ; la répercussion du nouvel état de choses sur la nature de la société privée.

Jusqu'au vi^e siècle, Rome n'était qu'une petite cité. Elle n'avait connu que des moyens très restreints de multiplier ses richesses ; les esclaves étaient peu nombreux (1) ; le commerce était pauvre (2). Les marchés voisins servaient au trafic des produits de l'usage le plus immédiat ; toutefois par là pénétreront les coutumes étrangères. Les capitaux, très réduits d'ailleurs, se portaient de préférence vers l'usure.

(1) Juvenal, XIV, 168 ; Apulée, *De mag.*, 17 ; en ce sens, MARQUARDT, *La vie privée des Romains*, 1892, I, p. 23 et s.

(2) En ce sens, PAÏS, *Storia di Roma*, 3^e éd., 1926, t. 2, p. 286.

Mais à mesure que la sphère d'action de Rome va s'étendre, la vie romaine va se modifier ; une civilisation plus raffinée va faire naître des exigences et des besoins nouveaux (1).

Or au VI^e siècle, Rome devait connaître un puissant mouvement d'expansion territoriale. Rome détruira Carthage ; mais pour sortir de cette lutte, elle devra pourvoir à des besoins en hommes et en matériel, imprévus et sans cesse accrus (2). L'épreuve la plus dure que Rome ait traversée, fut la seconde guerre punique. La valeur de l'ennemi, l'étendue des zones des armées, la Sardaigne, l'Espagne, la Gaule méridionale et l'Afrique, exigèrent un effort énorme. En 553-201, Rome avait acquis l'hégémonie dans tout le bassin occidental de la Méditerranée ; les combats contre Philippe de Macédoine (351-337) l'entraînent déjà dans de nouvelles conquêtes vers l'Orient, et la lutte ne s'achèvera que par la mainmise sur Alexandrie. Mais les caisses de l'Etat sont rapidement vides, les hommes en état de porter les armes sont en nombre de plus en plus réduit : Rome avait voulu vaincre. La grandeur de cet effort nous est prouvé par le nombre de légions qu'ils durent alors lever (3).

D'un tel mouvement devaient sortir, en ce qui concerne les groupements sociaux d'individus, deux grands effets : d'une part l'accroissement imprévisible des grandes sociétés financières de Rome d'une forme toute spéciale, et d'autre part l'évolution complète et totale du commerce qui viendra nécessairement incliner la société privée ordinaire vers une formule

(1) En ce sens, CIGIOTTI, *Le déclin de l'esclavage antique*, Rivière, Paris, 1910, traduc. Platon, p. 201 à 210 ; 215 ; 216 ; PAUL LOUIS, *Le travail dans le monde romain*, Paris, Alcan, 1912, p. 157.

(2) En ce sens, COLIN (G.), *Rome et la Grèce de 200 à 146 avant J.-C.*, Paris, Fontemoing, 1905 ; HOMO, *L'Italie primitive*, t. XVI, Paris (Renaissance du livre), 1925, p. 310 et s.

(3) Hannibal parut devant Rome en 541-213 (Liv. 26, 8). De 540 à 545, les Romains lèvent plus de 20 légions chaque année (en 540, Liv. XXV, 3 ; XXVI, 1 ; XXVI, 28 ; XXVII, 7 et 22 ; XXVII, 36). Plus tard, en 572, 8 légions seulement seront levées (Liv. XL, 36).

nouvelle plus apte à réaliser les besoins commerciaux nouveaux.



Pour poursuivre de telles guerres, pour mettre en valeur, la victoire une fois obtenue, les vastes pays conquis, la Cité romaine ne trouvait pas dans son organisation administrative les moyens de satisfaire ses besoins. Pour la fabrication des armes et du matériel de guerre, pour l'habillement et l'alimentation de ses troupes, pour la perception des impôts réguliers, pour l'utilisation des vastes domaines de l'Etat, pour les constructions nombreuses à entreprendre, il fallait tout un corps de fonctionnaires. Aussi devant des besoins croissant avec une trop grande rapidité pour une période aussi courte (1), l'Etat dut continuer à faire appel aux particuliers (2).

Le procédé utilisé était celui de l'adjudication. Les Romains le considéraient en effet comme seul susceptible de respecter la libre concurrence, assurant à l'Etat le plus grand bénéfice ou la moindre dépense (3). Tout achat et toute opération devait revêtir cette forme, et dès leur institution, les censeurs eurent

(1) L'affluence de la richesse est caractérisée par son extraordinaire soudaineté. Dans l'espace d'une seule vie, celle de Caton le Censeur, qui mourut âgé en 149 avant J.-C., la condition financière de l'Etat et des particuliers changea de fond en comble; en ce sens, WARDE FOWLER, *La vie sociale à Rome au temps de Cicéron*, traduc. Biondet, Payot, 1917, Paris, p. 56 à 58.

(2) L'ancienneté très haute de cet appel aux particuliers est tout à fait certaine, mais les origines en sont obscures : en ce sens, ROSTOWZEW, *Geschichte der Staatspacht*, p. 368, n. 74; KNIEP, *Societas publicanorum*, p. 233.

(3) La nécessité de l'emploi de ce procédé se retrouve en Grèce comme à Rome : incapacité de l'Etat d'assurer ces services; en ce sens, ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 368; KNIEP, *op. cit.*, p. 92; BONFANTE, *Storia del diritto romano*, 1909, 2^e éd., Milan, p. 320. Ce procédé d'administration se rencontre aussi en Egypte où les impôts devaient être normalement affermés à des compagnies : en ce sens, ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 367.

dans leurs attributions la charge de les réaliser. Dans le bas-peuple on voit des individus rechercher l'adjudication de certains petits services de l'Etat (1). Dans les pratiques commerciales privées, le procédé joue un rôle aussi important. Caton l'indique au *paterfamilias* pour la vente du produit de ses récoltes *quae supersint... uti veneant... auctionem uti faciat : vendeat oleum, si pretium habeat, vinum, frumentum quod supersit vendat : boves...* (2).

Or les locations faites pour le compte de l'Etat provoquèrent la création d'un grand nombre de sociétés; car devant satisfaire les besoins d'une puissance comme Rome, les capitaux devaient être énormes et un groupement d'individus s'imposait pour supporter en commun les risques et en atténuer ainsi le poids pour chacun (3).

En premier lieu la guerre nécessitait des sommes considérables et rapidement le Trésor fit appel au crédit de ses citoyens. C'est ainsi que Tite-Live rapporte l'exemple d'un emprunt contracté par l'Etat en 548, auprès de citoyens presque certainement associés : *privatis conlatas pecunias... reddi tandem aequum esse dixit iussique referre consulibus decreverunt ut tribus pensionibus ex ea pecunia solveretur* (4). Remboursable par tiers, un tiers de la dette est échu en 552 : *privati frequentes, quibus ex pecunia quam... mutuam dederant, tertia sponsio debebatur eo anno, adierunt senatum... negaverunt esse unde iis in praesentia solveretur... Cum et privati aequum postularent nec tamen solvendo aeri alieno respublica esset, quod medium inter aequum et utile erat, decreverunt* (5). Le Sénat dut alors donner en gage une

(1) Le censeur donne ainsi à ferme la nourriture des oies du Capitole : Pline, *Hist. nat.*, 10, 22, 5; la peinture des images des dieux : Pline, *Hist. nat.*, 33, 7, 112; le signal des réunions du peuple : Varron, *L. L.*, 6, 92.

(2) Caton, *R. r.*, chap. II : en ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 27 et s.; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 629.

(3) En ce sens, LEIST, *op. cit.*, p. 37 à 42.

(4) Tite-Live, XXIX, 16, en 548.

(5) Tite-Live, XXXI, 13, en 552.

partie de l'*ager publicus*, jusqu'au paiement intégral du capital : *et in iugera asses vectigales, testandi causa publicum agrum esse, imposituros* (1). Ce n'est qu'en 556 que le dernier tiers leur fut payé : *pecunia opus erat, quod ultimam pensionem pecuniae in bello collatae persolvere placuerat privatis* » (2). Dans cette opération, les créanciers se présentent en masse, pour faire une opération véritable de banque ; mais bien que leur association n'apparaisse pas avec certitude, elle pouvait cependant être possible.

Mais non seulement l'Etat ne pouvait par lui-même suffire à ses besoins considérables d'argent, mais son organisation elle-même ne lui permettait pas d'assurer la subsistance et l'habillement de ses troupes, aussi Tite-Live rapporte un exemple absolument certain de sociétés formées en 539-215. Les deux Scipion étaient alors en Espagne, et après avoir vaincu Asdrubal ils demandaient à Rome des approvisionnements en matériel et en nourriture. La Cité ne pouvant pas elle-même en assurer l'exécution, le préteur Fabius dut convoquer le peuple et faire appel, suivant la coutume, au crédit des particuliers ainsi qu'à leurs organisations. Le jour venu, trois *societates* de chacune dix-neuf personnes prirent à bail la fourniture de ces approvisionnements. Mais usant déjà de leur puissance, elles purent imposer cette condition remarquable, en vertu de laquelle les risques de transport en mer incombaient au Trésor, sans que l'on ne distingue d'ailleurs si le naufrage provenait du fait de l'ennemi ou simplement d'une tempête (3). En des circonstances analogues, d'autres indivi-

(1) Tite-Live, XXXI, 13, en 552.

(2) Tite-Live, XXXIII, 42, en 556.

(3) Tite-Live, XXXIII, 48-49, en 539 : *Haec praetor in contione edixit, quoque die vestimenta frumentum Hispaniensi exercitui praebanda quaeque alia opus essent navalibus sociis esset locatarus. Ubi ea dies venit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeviginti, quorum duo postulata fuere, unum, ut militia vacarent, dum in eo publico essent, alterum ut, quae in naves inposuissent ab hostium, tempestatisque rei publica peri-*

des purent s'engager à fournir, suivant les clauses toujours prévues par un contrat de louage, les vêtements nécessaires aux troupes (1). Ce sont là les premiers exemples de sociétés dont le nombre ne put que s'accroître (2), car en d'autres cas ils pouvaient aussi s'engager à fournir aux armées le blé, le bétail et tous autres produits nécessaires à leur subsistance (3). L'Etat assurait donc ainsi à toute une classe de ses citoyens, les *publicani*, un vaste champ d'action commerciale ainsi qu'une source considérable de revenus.

Mais avec l'accroissement de Rome, l'étendue sans cesse accrue des domaines, de nombreux travaux publics s'imposèrent à leur tour; aussi des sociétés se forment ayant pour objet la construction d'un temple ou d'un autre édifice : *locaverunt aedem faciendam ex Senatus consulto censores...*; *idem censor, eam faciendam locavit* (4); *ex ea communiter locaverunt aquam abducendam* (5); *vias sternendas locaverunt, muros faciendos locaverunt* (6) : la société s'engage à faire les canalisations d'eau, les égouts d'une ville ou la réfection des routes. L'entrepreneur aurait pu être seul, mais pour les travaux importants, ils devaient à plusieurs se grouper : *cum censores ob inopiam aerarii si iam locationibus abstinerent aedium sacrarum tuendarum... convenire ad eos frequentes, qui hastae huius generis adsueverunt, hortarique censores ut omnia perinde agerent loca-*

culo essent. Utroque inpetrat, conduxerunt, privataque pecunia respublica administrata.

(1) Tite-Live, XXVII, 40, en 543 : *cetero usi sunt ad vestimenta praesenti pecunia locanda exercitui.*

(2) En ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 24; ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 370.

(3) Tite-Live, XXXIV, 6, en 557 : *in eandem diem pecuniae frumentum et cetera, quae belli usus postulabant, praebanda publicani se conducturos professi erant.*

(4) Tite-Live, XXXVI, 36, en 561.

(5) Tite-Live, XL, 54, en 573.

(6) Tite-Live, XLI, 27, en 578; de même, Tite-Live, XXIX, 37 : *censores viam faciendam locaverunt*; XL, 44, *ut duumviri ad aedem locandam crearentur*; XXXIV, 53; XXXIX, 44; XL, 34.

rent, ac si pecunia in aerario esset; neminem nisi bello confecto pecuniam ab aerario petiturum esse (1), et c'est ainsi qu'en 612-142 une compagnie de publicains afferme une forêt dans le Brutium, pour en extraire la poix brutienne très renommée à cette époque (2).

Enfin l'Etat avait dû recourir aux publicains, toujours groupés en sociétés, pour assurer à sa place la perception des impôts. Au temps des Rois, l'*aerarium* percevait lui-même les quelques redevances; l'aide de particuliers était inutile, car on usait surtout du procédé des redevances en nature (3). Mais devant l'accroissement de la population imposée, la nature et l'importance des recettes nouvelles, l'Etat fut par lui-même incapable d'agir, et les recouvrements des revenus réguliers d'une importance vitale, pendant les guerres surtout, durent être rapidement donnés à des compagnies fermières. L'Etat touchait ainsi un impôt sur l'*ager publicus* : *Capuae interim Flaccus dum bonis principum vendendis, agro qui publicatus fuerat locando (locavit autem omnem frumento) simul ut cum agro tecta urbis fruenda locarentur* (4); des sociétés s'engageaient donc à percevoir cet impôt pour le compte de l'Etat, moyennant une somme annuelle qu'elles devaient au Trésor. Le procédé de l'adjudication était naturellement le seul utilisé pour cette location : *censores ut agrum Campanum fruendum locarent* (5).

Des sociétés s'étaient ainsi formées pour la fabrication du sel ou la perception des impôts sur le sel; leurs membres étaient les *conductores salinarii* ou *socii* : *vectigal etiam*

(1) Tite-Live, XXIV, 18; de même, XLII, 3.

(2) Les esclaves de cette société se livrèrent à de telles violences que Cicéron les rappelle à plus d'un siècle de distance : Cicéron, *Brutus*, 22, 85.

(3) En ce sens, MOMMSEN, *Droit public*, III, p. 226; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 19.

(4) Tite-Live, XXVII, 3, en 542.

(5) Tite-Live, XXVII, 11, en 543.

novum ex salaria annona statuerunt, sal pretio... praebendum locaverunt (1).

Au VI^e siècle, la société apparaît, semble-t-il, comme ayant subi une transformation totale; mais en réalité un mouvement aussi grand, une extension aussi brutale ne se comprennent que par le fait que les plus nombreuses de ces sociétés et les plus fortes n'étaient pas des sociétés ordinaires, mais des sociétés d'une forme particulière. C'est certain pour les sociétés de publicains; d'ailleurs, étant donné le champ très étendu de leur activité, il faut remarquer qu'elles pouvaient se porter adjudicataires de fournitures ou de grands travaux publics et étant donnée l'importance de leurs capitaux, elles étaient susceptibles mieux que quiconque d'en assurer l'exécution.

o

L'importance de ces sociétés se découvre dès cette époque dans les preuves nombreuses de leur action dans la direction des affaires publiques. Les fournisseurs d'armées obtiendront de l'Etat de véritables assurances contre les risques en mer: *publicum periculum erat a vi tempestatis in iis quae portarentur ad exercitum* (2); ils devaient d'ailleurs abuser de cette faveur, allant jusqu'à simuler parfois des naufrages. Mais le Sénat cède surtout aux agissements des publicains; il casse les adjudications où le censeur a bien veillé aux intérêts du Trésor et en ordonne de plus favorables aux adjudicataires (3). Les illégalités devaient se multiplier au point que le peuple révolté dut parfois mettre fin aux abus (4). Dans la perception des droits de pâturage, les désordres durent être fréquents,

(1) Tite-Live, XXIX, 37, en 548; en ce sens, KRIEGER, *Societas publicanorum*, p. 72 à 86.

(2) Tite-Live, XXV, 3, en 540.

(3) Tite-Live, XXXIX, 44 en 568; en ce sens, HOMO, *Institutions politiques*, 1927, p. 103 et s.

(4) Tite-Live, XXV, 3, en 540.

car on trouve dans Tite-Live de nombreux exemples des sanctions portées contre eux (1).



Toutes ces adjudications furent nombreuses : certaines censures comme celles de 580-174 furent une source de richesses pour la population ; car le peuple participait à toutes ces entreprises grâce aux sociétés dont beaucoup faisaient partie, et tous directement ou indirectement profitaient des bénéfices qui en résultaient (2).

Dans la Cité, toutes les richesses s'accumulaient ; toutefois les fortunes semblent s'être concentrées dans les mains de quelques-uns (3). Rome est le marché des capitaux, le Trésor reçoit de nombreuses indemnités de guerre (4), l'exportation des capitaux permet à l'État d'accroître sa puissance, les chevaliers pratiquent la spéculation et l'usure sur une vaste échelle (5).

Toute cette masse de numéraire et de richesses devait servir avant tout au commerce. Or un élément nouveau pénètre alors dans la vie économique : c'est l'esclave étranger. Primitivement l'esclave pouvait être considéré comme étant

(1) Tite-Live, X, 23 ; X, 47 ; XXXIII, 42 ; XXV, 10.

(2) Polybe, 6, 17, 2 : πολλῶν γὰρ ἔργων ὄντων τῶν ἐκδιδομένων ὑπὸ τῶν τιμητῶν διὰ πάσης Ἰταλίας εἰς τὰς ἐπισκευὰς καὶ κατασκευὰς τῶν δημοσίων, ἃ τις οὐκ ἂν ἐξαριδμήσαιο, ῥᾶδιως, πολλῶν δὲ ποταμῶν, λιμένων, κηπίων, μεταλλῶν, χώρας, συλλήβδην ὅσα πέπτωκεν ὑπὸ τὴν τῶν Ῥωμαίων δυναστείαν (§ 3), πάντα χερσὶν εἶναι συμράναι τὰ προειρημένα διὰ τοῦ πλήθους, καὶ σχεδὸν ὥς ἕπος εἰπεῖν πάντας ἐνδεδῆσθαι ταῖς ὠναῖς καὶ ταῖς ἐργασίαις ταῖς ἐκ τούτων. (§ 4) οἱ μὲν γὰρ ἀγοράζουσι παρὰ τῶν τιμητῶν αὐτοὶ τὰς ἐκδόσεις, οἱ δὲ κοινωνοῦσι τούτοις, οἱ δ' ἐγγίνονται τοὺς ἡγορακότας, οἱ δὲ τὰς οὐσίας διδῶσι περὶ τούτων εἰς τὸ δημοσίον.

(3) Cicéron, *De off.*, II, 21, 73 ; en ce sens, Cicerotti, *op. cit.*, p. 216 et s.

(4) Indemnités ainsi payées par Carthage, Antiochus de Syrie, de même que le butin que les généraux victorieux apportèrent à Rome. Mais on peut aussi tenir compte du revenu des mines d'argent d'Espagne dont les Romains s'emparèrent après leur victoire sur Carthage.

(5) En ce sens, BONFANTE, *Storia*, 1909, p. 323.

de la famille, mais maintenant grâce à son nombre sans cesse plus grand, son rôle dépasse vite ce cadre familial (1). Les aptitudes pour le commerce, sa connaissance des langues, la forte civilisation déjà reçue antérieurement, tout le dispose à remplir un très grand rôle dans la vie économique nouvelle. Le citoyen romain l'utilisera d'autant plus facilement que son mépris pour le commerce était plus grand. Cicéron reconnaissait que le commerce fait en petit ne convenait qu'aux esclaves, mais qu'il se relève, s'il est fait en grand, lorsqu'il permet d'importer à Rome les produits du monde entier (2). D'ailleurs une *lex Claudia Tribunicia* de l'an 536 de Rome dûnt interdire aux sénateurs et à leurs fils de posséder un navire de plus de 300 amphores, qui put transporter autre chose que les produits de leurs exploitations rurales; ce fait montre bien qu'ils ne dédaignaient pas de se livrer au commerce d'importation des blés ou des approvisionnements (3).

Dans un tel mouvement les influences étrangères furent considérables. Il est certain que les traditions rhodiennes, le langage technique de la grande Grèce et de la Sicile se sont imposés à Rome (4); les colonies helléniques étaient des ports importants; Carthage peuplée de Phéniciens avait eu un vaste empire. Or par toutes ses conquêtes, Rome est entrée en contact avec les civilisations les plus diverses (5); mais c'est

(1) En ce sens, CICIOTTI, *op. cit.*, p. 237 et s.; PAUL LOUIS, *op. cit.*, p. 168 et s.

(2) Cicéron, *De off.*, I, 42.

(3) Tite-Live, XXI, 63; Cicéron, *In Verr.*, II, 5, 8.

(4) En ce sens, PAÏS, *Storia di Roma*, 1926, t. II, p. 462; FRANK (R.), *An economic history of Rome*, Baltimore, 1920, p. 14 et s.; GOUNARD, *Histoire des doctrines économiques*, t. 1, p. 39; HUVELIN, DAREMBERG et SAGLIO, III², v^o *Mercator*; MITTEIS, *R. Privatrecht*, I, p. 18; MAYR (R. VON), *Röm. Rechtsgeschichte*, 1912, II, 2, p. 74; PAUL LOUIS, *op. cit.*, p. 93.

(5) Rome eut cependant des relations assez tardives avec Athènes, Corinthe et l'Orient grec (cf. HOLLEAUX, *Rome, la Grèce*, Paris, 1921, p. 93), et pourtant l'influence du droit grec à Rome n'est qu'une des formes de l'influence générale et très forte que la culture grecque a exercée sur la culture romaine, surtout par les colonies du Sud de l'Italie (en ce sens,

surtout par son extension vers l'Orient que le peuple prend contact avec la pensée grecque et la splendeur du luxe antique (1). On dut dès 486-268 introduire une nouvelle unité monétaire, le *denarius*, qui est équivalent à la drachme attique (2); après le iv^e siècle, Rome commence à former une marine (3) et le grand commerce souvent, pénètre en Grèce et en Orient (4) avant les armées. C'est ainsi que le commerce bancaire prend une extraordinaire impulsion; il faut remarquer que c'est en lui que l'on peut reconnaître la plus forte influence des civilisations étrangères, grecque surtout (5); et parmi les professions exercées par les *negotiatores* romains

MITTEIS, *R. Privatrecht*, I, p. 12 et 20, n. 55; BONFANTE (P.), *Storia*, 1909, p. 313). L'influence de la *societas* grecque aurait pu être possible, car bien des points sont communs entre elles : historiquement la sanction de la société par l'action *communī dividundo* suit une même évolution (en ce sens, KNIEP, *Gai Commentar.*, p. 326-327); les termes de *κοινόν* et de *κοινωνία* ont le même sens que celui de copropriétaire et de communauté, donc que *socius* et *societas*; en ce sens, LIPSIUS, *Der attische Recht*, t. 2, p. 767; MEIER-LIPSIUS, *Der attische Prozess*, t. 2, p. 482; 734 et s.; de même au sujet de l'influence hellénique, COLIN (G.), *op. cit.*, p. 97 et s.; p. 312 et s.

(1) En ce sens, PAUL LOUIS, *op. cit.*, p. 119.

(2) En ce sens, PAULY WISSOWA, v^o *Denarius*, col. 203.

(3) En ce sens, CAGNAT, DAREMBERG et SAGLIO, v^o *Mercatura*; PAUL LOUIS, *op. cit.*, p. 102.

(4) En ce sens, HATZFELD, *Les trafiquants italiens dans l'Orient hellénique*, thèse Lettres, Paris, Boccard, 1919, p. 30 et s.; CAGNAT, DAREMBERG et SAGLIO, v^o *Negotiator*; LAUM, PAULY-WISSOWA, v^o *Banken*; sur les rapports des banquiers romains avec les pays étrangers et au delà des mers : PAUL LOUIS, *op. cit.*, p. 245. D'ailleurs quelques textes l'indiquent nettement : Appien, *Mithr.*, 61; Valère Maxime, IX, 2; Cicéron, *Pro lege Manilia*, 8.

(5) Les *argentarii* grecs ou *trapezitae* étaient établis à Rome dès 419-424 : Tite-Live, IX, 40, 160; leur nombre devait devenir fort nombreux et les actes qu'ils accomplissaient s'accroissaient sans cesse : en ce sens, VOIGT, *Über die Banken*, p. 515 et s.; DELOUME, *Les manieurs d'argent à Rome*, 1892, p. 147 et s.; 329 et s.; SAGLIO, dans DAREMBERG et SAGLIO, v^o *Argentarii et trapezitae*; MARQUARDT, *De l'administration financière chez les Romains*, 1888, p. 68 et n. 3, p. 24; PLATON, *Les banquiers dans la législation de Justinien*, N. R. H., 1909, p. 7 et s.; MITTEIS, *Trapezitika*, Z. S. S., t. 19, 1898, p. 198 et s.

en Orient, ce sont eux que l'on trouve le plus souvent mentionnés (1).

Sous l'effet des fortunes énormes, des moyens d'action qu'offrent les esclaves, devant l'étendue des domaines conquis et sous l'effort de civilisations étrangères plus avancées, le commerce nouveau allait-il provoquer une modification dans les règles d'organisation et les différentes réalisations de l'institution qu'était la société de droit privé ?

Avec les sociétés de publicains, c'est un groupement particulier qui se formait (2). Mais la société ordinaire, elle aussi, allait voir son objet s'étendre et se diversifier, son but économique se transformer, ses règles s'adapter aux différents besoins. L'esprit de lucre, de spéculation allait, en s'apposant aux principes de bonne foi et, d'équité, la pénétrer et, pour répondre à l'évolution générale des esprits (3), en modifier

(1) En ce sens, HATZFELD, *op. cit.*, p. 197.

(2) Ces *societates publicanorum* sont en réalité les premiers exemples certains de sociétés à but commercial à Rome.

(3) En ce sens, TRIMPLER, *op. cit.*, p. 22; SALROWSKI, *Quaestiones*, p. 21; MOMMSEN, *Hist. romaine*, t. IV, p. 198 et s. — Une preuve de cette force de l'esprit de lucre, c'est que les guerres parfois eurent un but purement commercial, ainsi celle que César livre aux Venètes : il désirait capter leur flotte au profit de commerçants romains : *De bello Gallico*, III, §§ 2 et 10; IV, 3; Diodore, liv. VII, 21; Florus, III, 17.

Au sujet de l'évolution du contrat de société, il faut voir rapidement quelles raisons on a pu invoquer en faveur de cette transformation. La société est apparue dans sa forme primitive comme une communauté de biens au sein de laquelle les associés poursuivaient leur vie commune. L'évolution des mœurs, les besoins nouveaux du commerce, l'importance des transactions nouvelles, la recherche des richesses et les influences étrangères ont entraîné une modification profonde des règles de l'ancien contrat de société.

Mais certains auteurs ont voulu voir dans des causes particulièrement plus précises les causes de cette transformation de la *societas*. Notamment pour LEIST, *op. cit.*, p. 34 et s., le caractère commercial des sociétés se trouvant pour la première fois dans les contrats qui unissaient les publicains, cet élément nouveau n'aurait pu pénétrer dans les autres sociétés que

les clauses dans un sens plus pratique. Cependant la société va rester un moyen juridique d'une valeur très limitée.

par leur intermédiaire. Il est certain que les *societates publicanorum* sont les premiers exemples de sociétés commerciales, étant donné l'état actuel des sources; mais toutefois les causes extérieures, qui ont agi sur ces sociétés, ont elles-mêmes entraîné les modifications, dans un sens identique, des sociétés ordinaires. Mais surtout les formes des sociétés de publicains et des sociétés ordinaires, étant donnés leurs caractères tout à fait différents, n'ont pu avoir que peu d'influence directe les unes sur les autres.

La théorie de PERNICE, *Labeo*, I, p. 445; *Parerga*, 3, p. 100, et de FERRINI, *op. cit.*, p. 15, mérite en outre d'être signalée. Pour ces deux auteurs, l'esprit de lucre qui vient pénétrer les règles du contrat de société n'aurait agi que très lentement sur les règles de la *societas o. b.* Au contraire, le mouvement des affaires, les besoins du commerce auraient amené les parties à créer une véritable société commerciale, par des stipulations réciproques : la *societas quaestuarial*. Son but n'est plus l'établissement d'une communauté de biens, mais la recherche des acquêts, des bénéfices. FERRINI considère d'ailleurs que Sabinus lui-même, dans les textes au titre *Pro socio* du Digeste, 17, 2, 7 à 9, aurait nettement mis en valeur ce but nouveau de la société d'acquêts.

Cette théorie se heurte à la constatation très nette que toutes les règles classiques ne permettent pas de distinguer ainsi dans le contrat de société plusieurs formes dont les règles seraient sur quelques points seulement identiques. D'ailleurs, la formation de la *societas quaestuarial* permet, tout au contraire, de la rattacher à la *societas o. b.* Admettant que la *societas o. b.* a été la première forme de société, il devait être naturel que ce fut une société universelle qui ait surgi le plus rapidement pour satisfaire les besoins nouveaux du commerce : des individus du même métier, de la même profession vont s'unir, comme se sont unis les capitalistes. D'ailleurs, la présumption finale au Digeste, 17, 2, *Pro socio*, 7, se comprend par le fait que la *societas quaestus* est devenue par la force même des choses beaucoup plus fréquente que la *societas o. b.* On ne peut donc nier ces preuves qui rattachent la société universelle d'acquêts à la société de tous biens; de là devaient ensuite sortir les formes de sociétés commerciales. En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 656.

II

Le contrat de société au VII^e siècle de Rome.

CHAPITRE I

LES « SOCIETATES PRIVATAE »

SOMMAIRE. — Les formes différentes : *a*) la société de tous biens : sa persistance; l'Edit du préteur; — *b*) les formes nouvelles de sociétés répondant aux besoins nouveaux du commerce : l'apport en industrie; la *societas universorum quae ex quaestu veniunt*; les sociétés de banquiers; les sociétés entre *C. Quinctius* et *Naevius*, *Roscius* et *Fannius* dans les discours de Cicéron. — Les éléments du contrat de société : toute société tend à la formation d'une communauté de biens entre associés; droits des associés sur les biens communs (le *Pro Quinctio*, le *Pro Roscio comoedo*). Toute société suppose entre les associés des rapports fondés sur la bonne foi : la sanction sociale est infamante; nullité des sociétés où la bonne foi est absente.

Les associés, unis comme autrefois par une forte amitié, pouvaient toujours désirer mettre tous leurs biens en communauté. Vieille coutume que l'Edit du préteur prendra seule en exemple; en effet dans l'Edit, la formule de l'action *pro socio* avait été établie pour un cas de *societas omnium bonorum*. De là dans de nombreux textes, au titre *Pro socio*, elle devait être aussi sous-entendue ou mise en première place dans les Commentaires (1).

A cette époque déjà, l'Edit prévoyait aussi en faveur de

(1) EN ce sens, LENEL, *Edictum perpetuum*, 3^e éd., 1927, XIX, 109, p. 297 et s. Gaius sous-entend l'existence d'une *societas o. b.* plusieurs fois : II, 148; 151. De même au Digeste, 17, 2, 3, 4; 5; 31; 32; 63.

l'associé de tous biens, condamné en vertu d'une action *pro socio*, intentée par un autre associé, le bénéfice de n'être condamné que dans la mesure de ses forces (1). En effet, en ce qui concernait leurs biens, les associés étaient unis fortement; des amis vraiment fidèles pouvaient seuls agir ainsi, or comment aurait-on pu admettre que l'un d'eux, même en vertu d'un droit légitime, ait pu agir contre son ami et cela jusqu'à en faire son propre prisonnier? Donc nécessité d'une faveur très particulière, mais de ce fait limitée à l'associé de tous biens : d'ailleurs le préteur ne l'accordait que *cognita causa* par une clause qu'il insérait dans la formule de l'action (2).

L'exemple de cette forme, Cicéron seul nous en indique une : celle qui existait entre Milon et son affranchi Philotinus : « J'avais reçu à Rome, dit Cicéron, une lettre de Milon, dans laquelle il regrettait que Philotinus lui ait été associé *in bonis suis* » (3).

(1) C'est le préteur qui accordait ce bénéfice : D., 42, 1, *De re iud.*, 22, 1 : *Quod autem de sociis dictum (edictum, LENEL) est. ut bonam fidem praestet, possint condemnentur causa cognita se facturum praetor edicit.* En ce sens, LENEL, *Edictum*³, 1927, p. 297 ; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 652. Il dut l'accorder soit à la fin de la République ou au début de l'Empire. Le premier texte D., 47, 2, 63, *pr.*, qui mentionne le bénéfice est de M. Sabinus qui vécut sous Tibère. En ce sens, LEVET, *Le bénéfice de compétence*, thèse Grenoble, 1927, p. 47.

(2) Les preuves résultent de la formule où nous trouvons les termes *condemna dumtaxat quod facere potest*, formule qui est celle de l'action de la société de tous biens et du texte d'Ulpien : 47, 2, 63, *pr.* : *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei.* En ce sens, LEVET, *op. cit.*, p. 47 ; LENEL, *Edictum*³, p. 197 ; GIRARD, *Manuel*, p. 1097, n. 4 ; PERNICE, *Parerga, op. cit.*, p. 88 ; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 16 ; DERNBURG, *Pandectes*, II⁶, p. 344.

(3) Cicéron, *ad Attic.*, 5, 8, 2 : *Roma acceperam litteras Milonem meum queri per litteras iniuriam meam, quod Philotinus socius esset in bonis suis...*; de même : *Quod ad Philotini liberti officium et bona Milonis attinet, dedimus operam, ut et Philotinus quam honestissime Miloni absenti eiusque necessariis satis faceret et secundum eius fidem et sedulitatem existimatio tua conservaretur.* — On pourrait toutefois voir ici une application de la *procuratio*, Philotinus apparaissant comme l'administrateur de tous les biens de Milon, alors exilé en Afrique. Même si entre eux il existait une

Mais c'est à la vie nouvelle de Rome que devait s'adapter la société pour assurer et la concentration des efforts de plusieurs et le groupement de capitaux nécessaires à des entreprises commerciales. De là le but des associés n'est plus de réaliser une simple communauté de biens, mais de faire des acquêts ou d'exercer une activité commune.

Les exemples rapportés par les textes qui nous sont parvenus sont peu nombreux, mais de formes très diverses. Les associés pourront mettre en commun tous leurs acquêts ou limiter leur activité commune à une opération déterminée ou à un ensemble d'opérations pour une période fixée ou non dans le contrat.

Normalement les associés recherchent alors un profit positif. C'est là le but que poursuivront Roscius le comédien, Fannius ou Naevius et Quinctius; mais il n'est pas par nature essentiel à l'existence de la société; car Cicéron portera toute son attention à la question de savoir si une société existe ou non, sur la détermination des droits de chacun sur les biens mis en communauté, sur l'activité poursuivie par tous, sur le caractère des biens qui antérieurement pouvaient déjà unir les associés. La recherche d'un bénéfice n'apparaît pas pour lui la caractéristique essentielle de toute société. De là viendront des difficultés dans l'admission, cependant nécessaire d'une manière de plus en plus étendue, des apports en industrie comme équivalents à des apports en capital (1). Ce n'est qu'à l'époque classique que l'on parviendra dans tous les cas, en ne faisant plus de celui qui n'apportait que son travail, un copropriétaire forcé des biens mis en communauté, à en faire dans tous les cas un véritable associé (2).

société, elle était toute spéciale et n'avait d'autre but que d'assurer la conservation des biens de Milon.

(1) En ce sens, PERNICE, *Parerga*, p. 55.

(2) En ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 12; KNIEP, *Gai Commentar.*, p. 323.

Mais la difficulté d'admettre l'existence d'apports en industrie ne se présentait que lorsque les apports des associés étaient de natures différentes; au contraire très nettement à la fin de la République, les associés peuvent former une *societas universorum quae ex quaestu veniunt* (1), où ils mettent en commun le seul produit de leur travail et les acquêts qui pourront en résulter. L'actif de la masse commune était donc, à la conclusion du contrat, nul, et cela soit parce que les parties n'avaient aucune fortune personnelle, soit parce qu'elles n'avaient pas voulu mettre en communauté leurs biens propres.

Son existence est certaine dès le VII^e siècle; d'ailleurs sa formation n'offrait aucune difficulté, car chacun y faisait un même apport. Q. Mucius Scaevola décidait en effet qu'au cas de non-détermination dans le contrat de société de la forme sociale adoptée par les parties, on présumerait qu'elles ont voulu conclure une société universelle d'acquêts (2). Cette forme était adoptée normalement par des co-affranchis. De la fin de la République, le Digeste nous rapporte un exemple. Deux affranchis avaient conclu une société universelle d'acquêts; l'un d'eux est institué héritier par son maître, alors que l'autre en reçoit un legs : Alfenus répondit que ces biens restaient propres à chacun d'eux (3).

Poussés plus par la nécessité que par un sentiment de réciprocité amitié, généralement pauvres ou riches des dons faits à eux tous, unis à un patron commun, on comprend que cette

(1) D., 17, 2, 7.

(2) D., 17, 2, 7, Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum* (LENEL, *Paling.*, I, col. 758, n. 7) : *Coire societatem et simpliciter licet : et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit.*

(3) D., 17, 2, 71, 1, Paul, *lib. 3 epitomarum Alfeni digestorum* : *Duo colliberti societatem coierunt lucri quaestus compendii, postea unus ex his a patrono heres institutus est, alteri legatum datum est. neutrum horum in medium referre debere respondit.* Texte d'Alfenus Varus, consul en 39 avant J.-C. — Cf. LENEL, *Paling.*, I, col. 48, n° 51.

forme où gains et efforts étaient en commun, convenait à leur situation. Aussi c'est dans leur milieu que cette forme va se perpétuer (1).

Toutefois cette société pouvait être établie entre des individus quelconques et déjà Q. Mucius Scaevola pouvait en donner les règles générales (2). C'est ainsi qu'Alfenus rapporte l'existence d'une société entre deux grammairiens : *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset* (3) : ils enseignent tous deux la grammaire et mettent en commun tous les gains qui en résulteront.

Les associés pouvaient, au lieu de mettre en commun tous leurs biens ou acquêts, porter simplement leur activité sur un ensemble d'opérations déterminées ou même sur une seule opération : aucun principe ne s'opposait à la limitation de l'objet de leur société. Les sources permettent d'en connaître quelques rares exemples.

Des individus pouvaient s'associer pour faire la banque ; sociétés qui n'ont certainement pas manqué de prendre une assez grande importance, mais qui sont presque entièrement inconnues. Un seul texte permet d'établir leur existence au VII^e siècle : c'est celui tiré de la Rhétorique *ad Herennium*, 2, 13, 19 : *Consuetudine ius est id, quod sine lege aeque, ac si legitimum sit, usitatum est : quod genus « Id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis »*. Ce texte reconnaît une règle particulière, celle de la solidarité entre tous les

(1) Des inscriptions donnent des exemples de ces sociétés entre affranchis : ORELLI, 3023 : A. Memmio CCaro A. Memmius Urbanus conliberto idem consorti ; ORELLI, 3012 : Q. Caecilius Popia et Caecilia Dionisia, colliberti ; ORELLI, 4306 : *Communi sumptu* ; de même, ORELLI, 4216 ; 6394. Enfin Suétone, *Claude*, 34.

(2) D., 17, 2, 9 à 11.

(3) D., 17, 2, 71, pr. : Paul, *lib. 3 epitomarum Alfeni digestum*. En ce sens, LENEL, *Paling.*, I, col. 48, n. 51.

argentarii socii relativement aux actes accomplis par l'un d'eux au cours de la gestion de la société.

Cicéron (1), enfin, rapporte deux exemples de sociétés dans le *Pro P. Quinctio* et dans le *Pro Roscio comoedo* ; ces deux discours ont trait plus ou moins directement à une liquidation de société dans laquelle l'un des associés a apporté une masse de biens ou un seul bien alors que l'autre associé fait un simple apport en industrie.

S. Naevius, ancien appariteur public, s'était acquis la confiance de C. Quinctius, riche propriétaire en Gaule. Tous deux s'étaient autrefois associés. Les biens communs étaient ceux de Quinctius et Naevius devait en diriger l'exploitation (2). Il part en Gaule, gère au mieux de ses intérêts, prenant à part aux bénéfices (3). C. Quinctius meurt et la société se liquide péniblement entre Naevius et P. Quinctius, frère et héritier de C. Quinctius. Il semble même qu'entre eux ils aient tenu à former une société nouvelle pour assurer précisément une liquidation plus facile (4). Mais les procès succèdent aux

(1) En ce qui concerne l'œuvre de Cicéron envisagée au point de vue juridique : COSTA (E.), *Cicerone giureconsulto*, I, *Il diritto privato*, Bologne, Gambirini, p. 176 et s. Les textes sont établis d'après l'édition des Belles-Lettres, Paris, ou l'édition Teubner, Leipzig.

(2) *Pro Quinctio*, 3, 11 : *C. Quinctius... qui societatem cum Sex. Naevio fecerit* ; *pro Quinctio*, 3, 12 : *Tamen inductus consuetudine ac familiaritate Quinctius fecit, ut dixi, societatem earum rerum, quae in Gallia comparabantur. Erat ei pecurio res ampla et rustica sane bene culta et fructuosa. Tollitur ab atriis Liciniis atque a praeconum concessu in Galliam Naevius et trans Alpes usque transfertur. Fit magna mutatio loci, non ingeni. Nam qui ab adolescentulo quaestum sibi instituisset sine impendio, postea quam nescio quid impendit et in commune contulit, mediocri quaestu contentus esse non poterat. Nec mirum, si is, qui vocem venalem habuerat, ea, quae voce quaesiverat, magno sibi quaestui fore putabat.*

(3) *Pro Quinctio*, 3, 13 : *Itaque hercule haud mediocriter de communi, quodcumque poterat, ad se in privatam domum sevocabat ; qua in re ita diligens erat, quasi ii, qui magna fide societatem gererent, arbitrium pro socio condemnari solent.*

(4) *Pro Quinctio*, 76 : *Cum eo tu voluntariam societatem coibas, qui te in hereditaria societate fraudarat.*

procès, et Cicéron plaide ici en faveur de P. Quinctius, qui ayant fait défaut à une procédure intentée par son coassocié, avait vu saisir ses biens au profit de Naevius, en vertu d'un édit du préteur. Cicéron tend alors à démontrer que Naevius n'était pas fondé à requérir du préteur l'envoi en possession des biens de P. Quinctius, qu'il n'a pas pu les posséder en vertu de l'édit et que même il ne les avait pas possédés (1).

Le *Pro Roscio comoedo* se rattache à une autre liquidation de société. Fannius est propriétaire de l'esclave Panurge : il veut en faire un comédien et à cet effet le remet à Q. Roscius, comédien en renom. Ce dernier lui apprend son métier et Panurge commençait à être une source sérieuse de revenus, qui devaient être partagés par moitié entre eux. Ils étaient associés et l'objet de leur société était l'exploitation de cet esclave (2). Mais Panurge est tué par un certain Flavius de Tarquinies (3); d'où action contre ce dernier et liquidation de la société dissoute par la perte de Panurge. Fannius agit en qualité de mandataire de la société pour tout ce règlement et cependant Roscius avait à ce moment donné, transigé avec Flavius (4). C'est la source d'une suite de difficultés et Cicéron plaide ici en faveur de Roscius au sujet d'une somme d'argent qu'il avait promise lors d'un règlement de comptes, semblait-il, définitif (5).

Nous avons donc deux exemples de sociétés dont l'objet est déterminé et bien particulier.

(1) *Pro Quinctio*, chap. XI à XXVII.

(2) *Pro Roscio com.*, 10, 27 : *Panurgus... fuit Fanni; is fit ei cum Roscio communis... Quid erat enim Fanni? corpus. Quid Rosci? disciplina; Pro Roscio com.*, 35 : *Panurgium fuisset in societate.*

(3) *Pro Roscio com.*, 11, 32 : *Panurgum... hunc servum communem, Q. Flavius Tarquiniensis quidam interfecit.*

(4) *Pro Roscio com.*, 11, 32 : *In hanc rem... me cognitorem dedisti. Lite contestata, iudicio damni iniuria constituto, tu sine me cum Flavio dedisti.*

(5) *Pro Roscio com.*, 5, 16 : *Pecuniam petis, Fannis, a Roscio; de même, voir p. 95.*



Si l'on prend en considération son effet principal, la société se présentait toujours comme une communauté de biens formée en vue d'un but commun. Cicéron considère cet élément comme absolument distinctif : *socii putandi sunt quos inter res communicata est* (1). L'emploi fréquent des termes *societas* et *socius* dans toutes ses œuvres, bien qu'assez variable, vient souligner ce caractère; en effet ils se trouvent employés pour marquer l'idée de société universelle des individus, d'humanité (2), de communauté entre les hommes (3), d'union, de collaboration et même de complicité, en un mot de communauté de sentiments comme de vie (4).

(1) *In Verr.*, 2, 3, 20, 50.

(2) *Universi generis humani societas* (*de off.*, 1, 16, 50; 3, 33, 118; *de leg.*, 1, 15, 42; *Tusc.*, 1, 26, 64; *de fin.*, V, 67; *de off.*, 3, 21; 3, 69; 1, 153; 1, 17; 1, 15; 1, 20; 1, 22; 1, 51; 1, 53; 1, 100; 1, 149; 1, 153; 1, 157; 1, 158; 1, 160; 3, 21; 3, 22; 3, 28; 3, 30; 3, 53; *de fin.*, 2, 45; 3, 62; 3, 67; 4, 4; 4, 18; 5, 65; *de nat. deor.*, 1, 4; 2, 123; *de leg.*, 1, 23; 1, 28; 1, 32; 1, 49; *Lael. de amicitia*, 20) — *humana societas* (*de off.*, 1, 50; 1, 60; 3, 31; 3, 52; *de finibus*, 5, 66; 2, 113; *de nat. deor.*, 3, 38; *de re public.*, 2, 48; *de leg.*, 1, 27; *Academicorum*, 1, 21) — *civilis societas* (*de nat. deor.*, 2, 78; *de republ.*, 1, 49; 3, 43; *de legibus*, 2, 16; 1, 62; *de fin.*, 3, 66) — *naturalis societas* (*de off.*, 1, 50; *de leg.*, 1, 16).

(3) *Societas publici muneris* : *in Caec. div.*, 19, 61; *rei publicae conservandae* : *ad fam.*, 12, 28, 2; *rei publicae bene administrandae* : *de lege agr.*, 2, 5, 11.

(4) *De off.*, 1, 56; 3, 32; *de fato*, 3; *paradoxa*, 12; *de fin.*, 3, 9; *Sex. Rose.*, 93; 28; *Verr.*, 4, 21; *div. Caec.*, 32; *Catil.*, 4, 15; *Sulla*, 70; *dom.*, 48; *Sest.*, 64; *Phil.*, 2, 24; 2, 25; 4, 12; 13, 22; 13, 43. — *Societas aegritudinis* (*ad fam.*, 4, 6, 1); *belli* (*pro Ligar.*, 25); *calamitatum* (*Laelius, de amic.*, 64; *post reditum in sen.*, 20; *post redit. ad Quir.* 20); *caritatis* (*de leg.*, 1, 60); *coniurationis* (*pro Coel.*, 7, 15); *consiliorum* (*in Vatin.*, 17, 41; *pro Planc.*, 42, 103; *pro L. Flacc.*, 1; 5; *Bru.*, 2; *pro Sest.*, 8; 63; *Phil.*, 2, 31; 2, 32; 2, 34; 3, 17; *post redit. in sen.*, 16; *de off.*, 3, 40); *criminum* (9, 30; 10, 32); *dominationis* (*Phil.*, 8, 4, 12); *facinorum* (*Phil.*, 12, 7, 17; 13, 17, 36); *flagitiorum* (*Verr.*, 5, 107); *fortunarum* (*pro Planc.*, 42, 102); *furoris socius* (*Phil.*, XI, 2); *furtorum societas* (*Verr.*, 2, 114; 3, 42; 4,

Dans toute société, des biens sont donc communs à tous, et en principe chacun en est copropriétaire; mais à l'égard de Naevius et de Roscius qui n'avaient apporté à la société que le produit futur de leur travail, à quels droits cette seule colla-

136; 4, 139); *gloriae* (pro Marc., 2, 7); *gravitatis* (de leg., 3, 1); *iuris* (de leg., 1, 13, 35; de republ., 1, 49; de nat. deor., 2, 148; Verr., V, 167); *laboris* (ad Attic., 2, 20, 2; Bru., 2); *laborum* (pro Sest., 62, 131; Balb., 63; Marcell., 2; provincius cons., 32); *laudis* (Phil., X, 15); *libidinis socius* (Verr., 5, 30); *luctus societas* (pro Planc., 12, 29); *naturae* (de divinatione, 2, 147); *nominis* (Scaur., 44); *officiorum* (pro Sulla, 2, 6; pro domo, 11, 28; pro Rosc. Amerino, 117); *periculi* (ad fam., 5, 19, 2; 12, 14, 6; pro Flacc., I, 1; pro Rab., 7, 21; post reditum ad Quir., 15); *rationis* (de leg., 1, 23); *rei publicae* (de leg., 1, 39; de republ., 1, 42); *rerum* (ep., 1, 9, 22); *sceleris* (pro A. Cluentio, 12, 35; pro Sulla, 1, 8, 52; 16; de har. resp., 20, 42; 58; pro domo, 131; Catil., 3, 3); *scelerum* (Phil., 13, 3, 5; de har. resp., 20, 42; in Pisonem, 28; Catil., 1, 33); *sententiarum voluntatum rerum denique omnium* (ad fam., 1, 9, 22; pro Planc., 5); *sermonis* (ad fam., 3, 10, 9); *studiorum* (Phil., 7, 2, 6; de off., 1, 158); *victoriae* (ad fam., 11, 8, 2); *vitae* (de off., 1, 12; 1, 29; 1, 45; 3, 17, 70; Tusc., 5, 2, 5; 1, 62; Paradoxa, 26; pro domo, 28; pro Roscio com., 114; Phil., 2, 7; *socia vitae* : pro Font., 49); *voluntatis socius* (Piso, 80).

Il faut encore signaler l'emploi des mots *societas* et *socius* pour marquer l'union intime de l'âme et du corps : *animi a societate divina vincitis corporis inpediti* (De fato, 1, 110; 1, 63; même sens dans *De finibus*, 2, 206, *De divinatione*, 1, 153); la parenté par le sang (*Tuscul.*, 2, 23 : *socio tui sanguinis*; *Pro domo*, 25); enfin l'idée d'association des époux dans le mariage, *Fonteio*, 47 : ...*feminae... habere domi... socium possent*.

Un tel emploi des mots *societas* et *socius* se retrouve chez d'autres auteurs : Plaute, *Mil. glor.*, 4, 2, 22; *Rud.*, 4, 3, 84 et 87. — César, *Alexand.*, 27 : *victoriae societatem*; id, 50 : *societate rapinorum*; *De bello gallico*, VIII, 3 : *societate consiliorum*. — Salluste : *societas belli* : *De Catilinae coniuratione*, 40, 1; *socius sceleris* : *De bello iugurthino*, 30, 2; 33, 3; *societas belli* : *Epistula Mithridatis*, 1; *societas periculi* : *De Catilinae coniuratione*, 48, 7; *De bello iugurthino*, 85, 47.

Dans Varron on trouve deux emplois singuliers du mot *societas* : *R.*, 2, 1, 6, 4, où il indique l'idée de récolte : *In collibus humilibus societas maior cum campestri fructu quam cum montano, in altis contra*, et *De L. L.* 5, 1, 30, où *societas* marque l'affinité qui existe entre deux mots : *multa societas verborum, nec vinalia sine vino expediri*.

En ce qui concerne l'étude de ces deux mots, cf. MERGUET, *Lexikon zu den philosophischen Schriften Ciceros*, vol. I-III; *Lexikon zu den Reden des Ciceros*, vol. I-IV.

boration leur permettait-elle de prétendre relativement à la masse commune ?

Au *Pro Quinctio*, les biens sont appelés communs ; forêts, champs, esclaves, sont à Naevius comme à C. Quinctius : *Quinctius interea contra ius... de saltu agroque communi a servis communibus vi detruditur* (1) ; *P. Quinctius ad te ipsum venit in agrum communem* (2) ; *emisti bona Sex. Alfeni... socium tibi in his bonis edidisti Quinctium* (3) ; *quam longe est hinc in saltem vestrum Gallicanum* (4). Ils ont tous deux le même droit à posséder ces biens : *Sex. Naevi... Ita possideto, ut te cum simul possideat Quinctius* (5) ; mais il semble bien que tous deux étaient copropriétaires des esclaves, des terres de Gaule ; car Naevius, poussé par son âpreté, ne voudra pas seulement recevoir la part qui lui revient, mais s'assurer la propriété de tous ces biens : *nihil aliud egisse neque nunc agere, nisi uti totum agrum qui communis est, suum facere possit* (6). Il n'avait d'ailleurs aucun droit à une telle part ; car pendant la société, ils en étaient tous deux copropriétaires ; C. Quinctius était resté un *dominus* : *Dominum... invitum detrudere non placet* (7), dira Cicéron en citant les termes de l'édit relatif à Quinctius.

Dans le *Pro Roscio comoedo*, un seul bien est mis en communauté : or du fait de sa perte, l'ancien propriétaire comme l'autre associé ont un même droit à réparation : « *Panurgus fuit Fanni; is fit ei cum Roscio communis.* » *Hic primum quaestus est non leviter Satrius communem factum esse gratis cum Roscio qui pretio proprius fuisset Fanni* (8).

(1) *Pro Quinctio*, VI, 28.

(2) *Pro Quinctio*, XI, 38.

(3) *Pro Quinctio*, XXIV, 76.

(4) *Pro Quinctio*, XXV, 79.

(5) *Pro Quinctio*, XXVII, 85.

(6) *Pro Quinctio*, XXXIX, 90.

(7) *Pro Quinctio*, XXVII, 84.

(8) *Pro Roscio comoedo*, X, 27.

Panurge est commun aux deux associés; mais des paroles mêmes de Cicéron, on déduirait que Panurge, quoique commun, est resté l'objet de la seule propriété de Fannius; car Satrius, l'avocat de ce dernier, le considère comme la propriété de son client : *Panurgum, tu Satrii proprium Fanni dicis fuisse. At ego totum Rosci fuisse contendo. Quid enim erat Fanni? Corpus. Quid Roscio? Disciplina. Facies non erat, ars erat pretiosa* (1). Grâce à cet effet oratoire, Cicéron tient à démontrer l'importance de l'apport de Roscius; Panurge serait propre à Roscius et non plus à Fannius. La perte véritable pour tous deux n'est pas celle de l'esclave, mais de l'esclave comédien. Discussion qui montre la difficulté d'admettre la combinaison d'apports différents, du fait que la propriété du bien commun devait passer au travailleur comme au propriétaire. En réalité, tous deux, Roscius comme Fannius, étaient copropriétaires de Panurge; dans le cas particulier, une telle conséquence s'expliquait; car, étant donné le talent de Roscius et la transformation aussi profonde qu'il avait opérée en Panurge, c'est lui qui aurait fait à la société le plus gros apport.

Cependant la solution que les jurisconsultes classiques admettront commence à se former et à s'imposer, car elle n'est que celle proposée par Satrius lui-même : l'associé qui fait un apport en industrie ne saurait prétendre qu'à l'usage de la chose; de ce fait le bien est commun, mais tous les associés n'en sont pas copropriétaires. Toutefois à l'époque de Cicéron, l'associé pouvait être reconnu propriétaire de l'esclave ou de la chose commune, si par le seul fait de son travail, il assurait à cet esclave ou à cette chose une valeur considérable. Aussi dans son *Pro Roscio*, Cicéron cherche précisément à montrer cette très grande valeur fournie par Roscius et, dit-il, Fannius l'avait reconnue lui-même, au moment de la conclusion du contrat, puisque la part de

(1) *Pro Rosc. com.*, X, 28.

chacun des associés dans le montant des revenus était égale. Ce chiffre de la quote-part de chacun était indéniable, puisque Roscius avait pu transiger avec Flavius pour le montant de la moitié des réparations (1).

La communauté de biens entre les associés n'existe que parce que les associés l'ont voulue; car leur engagement préalable, mais sans forme, était nécessaire. Poursuivant un but commun complexe et très variable, tous leurs rapports étaient surtout dominés et pénétrés par un principe général fécond dans ses effets, mais rigoureux par sa sanction. Leur engagement se ramenait en effet, sous la multiplicité des clauses coutumières ou prévues dans le pacte social, à l'observation entre eux de la *bona fides*.

La considération des personnes qui s'engageaient ainsi, était primordiale. Cicéron insistera sur la *familiaritas* qui existe entre Quinctius et Naevius: il s'en étonnera à bon droit (2). Comment admettre qu'il se serait associé avec un individu qui aurait précédemment voulu le frustrer (3). Entre des associés règne toujours, comme au temps d'Ennius, une *sancta religio societatis* (4); aussi avant de consacrer effectivement leur volonté de collaborer, ils devaient être unis par les sentiments d'une forte amitié.

La nature de la sanction rendait d'ailleurs compte du caractère original de cette situation: l'action qui réglait leurs seuls rapports d'associés, mais tous leurs rapports contractuels,

(1) *Pro Rosc. com.*, XI, 32 : *Pete tu tuum, exige et aufer, quod debetur; sua quisque partem iuris possideat et persequatur... Magna tu tuam dimidiam partem decidisti.*

(2) *Pro Quinctio*, 3, 12.

(3) *Pro Quinctio*, 76 : *Cum eo tu voluntariam societatem coibas, qui te in hereditaria societate fraudarat.*

(4) *In Verr.*, 2, 3, 58, 134 : *neque apud te tam sancta religio societatis fuisset, ut tui capitis periculum neglegeres.*

était l'action *pro socio*. Suivant Cicéron, au *De officiis* (1), l'action *pro socio* n'était qu'une de ces actions dont parlait déjà Q. Mucius Scaevola, le grand pontife. Son caractère le plus remarquable, comme celui d'ailleurs qui affectait les actions sanctionnant la tutelle, les ventes et achats ou le mandat, était que dans sa formule on insérait ces mots : *ex fide bona*. Toutefois un autre caractère particulier de l'action sociale était qu'elle emportait, par sa condamnation, une sanction plus lourde que de coutume : le défendeur à l'action condamné est frappé d'infamie. Les raisons profondes de cette aggravation, Cicéron les indique à plusieurs reprises. L'associé espérait trouver dans celui avec lequel il met en commun ses biens ou même un seul de ses biens, un individu en tous points semblable à lui-même; il lui a fait confiance et cela à un tel degré qu'il ne saurait même soupçonner son associé de vouloir frauder, sans être lui-même en faute (2). Au *Pro Quinctio* (3) et au *Pro Roscio Amerino* surtout, il en

(1) *De officiis*, 3, 17, 70 : Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summa vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus,... quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

(2) *Pro Roscio Amerino*, 40, 116 : In rebus minoribus socium fallere turpissimum est... neque iniuria, propterea quod auxilium sibi se putat adiunxisse, qui cum altero rem communicavit. Ad cuius igitur fidem confugiet, cum per eius fidem laeditur, cui se commiserit? Atque ea sunt animadvertenda peccata maxime, quae difficillime praecaventur. Tecti esse ad alienos possumus, intimi multa apertiora videant necesse est; socium cavere qui possumus? quem etiam si metuimus, ius officii laedimus. Recte igitur maiores eum, qui socium fefellisset in virorum bonorum numero non putarunt haberi oportere. — *Pro Caecina*, 3, 7; *Topiques*, 10, 42; *Pro Roscio com.*, 6, 16; *Pro Roscio Amerino*, 39, 114. Aristote avait d'ailleurs signalé le même fait : *Eth. Nicomach.*, VIII, 9, 3 : le mal est plus grand lorsqu'on se rend coupable de fraude envers un associé que lorsqu'on fait tort au premier venu : χρήματα ἀποστῆρσαι ἑταῖρον δεινότερον ἢ πολίτην.

(3) *Pro Quinctio*, 15, 48-9 : is, qui cum tibi affinitas, societas, omnes denique causae et necessitudines veteres intercedebant. Illico ne ad prae-

analyse à nouveau les raisons (1) : dans les relations privées, dit-il, les anciens ont toujours estimé que le mandataire devait assurer l'exécution de son mandat de la manière la plus stricte et la plus diligente. De ce fait, la condamnation que le mandant pouvait obtenir contre le mandataire, en cas de manquement aux obligations contractuelles, était-elle au moins aussi honteuse que celle qui frappe un voleur. La raison qui peut motiver une telle sévérité est, reconnaît Cicéron, que celui qui ne peut par lui-même s'occuper de ses biens, place toute sa confiance dans son mandataire, il le considère comme son ami, comme un autre lui-même (2). Or au cas de société les mêmes considérations s'imposaient, car le contrat de société permettait, en usant de la collaboration

torem ire convenit? ...ad haec extrema et inimicissima iura tam cupide decurrebas?

(1) Ce texte envisage cependant le cas de l'action *mandati*, mais les rapports étroits entre elle et l'action *pro socio* et les autres textes relatifs uniquement à l'action sociale permettent sans aucun doute ce rapprochement; *Pro Rosc. Amer.*, XXXVIII, 11.

(2) *Pro Roscio Amerino*, XXXVIII, 11 : *in privatis rebus, si qui rem mandatam non modo malitiosus gessisset, sui quaestus aut commodi causa, verum etiam neglegentius, eum maiores summum admississe dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe quam furti, credo, propterea quod quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in iis operae nostrae vicario fides amicorum supponitur; quam qui laedit oppugnat omnium commune praesidium et, quantum in ipso est, desturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere; alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutius officiis gubernetur.* De même, *Pro Quinctio*, 6, 26 : *Etenim si... fide societas... colitur, necesse est iste, qui amicum, socium... fama ac fortunis spoliare conatus est, vanum se et perfidiosum et impium esse fateatur; Pro Rosc. com.*, 6, 16 : *Si qua enim sunt privata iudicia summae estimationis et poene dicam capitis, tria haec sunt, fiducia, tutelae, societatis. Aequè enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam, et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, et socium fallere, qui se in negotio coniunxit; Pro Flacc.* 18, 43 : *Nicomedes... furti et pro socio damnatur est; Pro A. Caecina*, 7 : *qui per tutelam aut societatem... fraudavit quempiam in eo quo delictum maius est, ea poena est tardior? est enim turpe iudicium ex facto quidem turpi; Pro Rosc. Amer.*, 40, 116, 117; *Pro Quinct.*, 11, 53; *Pro Rosc. com.*, 19; *De nat. deorum*, 3, 74.

que des amis ne pouvaient manquer de créer entre eux, d'accomplir ce que seul aucun d'entre eux n'aurait pu faire. Aussi l'associé infidèle, comme tout mandataire infidèle, viole deux choses très sacrées, l'amitié et la bonne foi ; ils commettent l'un et l'autre une faute infamante : *turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem* (1).

Enfin le caractère de bonne foi que revêt ainsi obligatoire-ment toute convention sociale, apparaît plus nettement et d'une manière plus rigoureuse encore dans l'ensemble des textes où Cicéron considère les *societates nefariae* et les *societates praedae* comme inexistantes. Ces contrats sont nuls parce que la *fides* en est totalement absente. De vulgaires criminels ne sauraient s'engager entre eux à respecter la bonne foi : c'est le cas de la société conclue entre deux parents de Roscius et l'affranchi Chrysogone : ils font mettre Roscius au nombre des proscrits ; de ce fait ses propriétés sont confisquées et vendues à ces associés pour un prix dérisoire. Mais pour éviter toute réclamation de sa part, ils le font accuser de parricide. La société ne peut dans de telles circonstances qu'être nulle, aussi se cache-t-elle d'ailleurs sous le nom de Chrysogone : *Venio nunc ad illud nomen aureum Chrysogoni, sub quo nomine tota societas latuit* (2). Un préteur ne peut non plus s'associer à un dimeur pour profiter abusivement de la perception des dimes : *Ni te Apronius socium in decumis esse dicat* (3) *praetor cogit Scandilium Apronio ob singularem improbitatem praedicationemque nefariae societatis H S V mercedis ac praemi nomine dare* (4). Enfin un Romain ne saurait s'associer même avec des gladiateurs, pour voler un citoyen d'une manière éhontée (5).

(1) *Pro Sex. Roscio Amerino*, XXXIX, 112.

(2) *Pro Sex. Roscio Amerino*, XLIII, 124.

(3) *In Verr.*, 3, 58, 134 ; 3, 59, 135.

(4) *In Verr.*, 3, 59, 140.

(5) *Pro domo*, 18, 48 : *postremo ne in praedae quidem societate mancipem, aut praedem socium, extra tuorum gladiatorum numerum... reperire potuisti.*

CHAPITRE II

LES « SOCIETATES PUBLICANORUM » (1)

SOMMAIRE. — La société de publicains : le publicain ou percepteur d'impôts, les différents impôts perçus; le publicain et son rôle de banquier. — Les rapports de la société avec l'Etat; le contrat d'affermage avec l'Etat; et les rapports entre associés : l'administration de la société. — Les rapports des associés avec les tiers; avec les contribuables. *L'arca communis* : sa persistance à la mort d'un associé; contribution des *adfines* à sa constitution. — Origine de la forme de ces sociétés. — Décadence rapide de ces sociétés.

Les textes de Tite-Live ont précédemment permis d'établir l'existence de grandes sociétés au VII^e siècle, qui prenant à ferme soit les fournitures de blé ou de matériel de guerre, soit l'exécution de grands travaux publics, participaient effectivement à la vie d'un Etat insuffisamment organisé. Mais ces grandes organisations devaient se séparer dans leur forme;

(1) Etudiant la *societas* en droit romain, nous avons dû signaler cette forme sociale des *societates publicanorum*. Toutefois étant donné leur caractère particulier, nous avons cru devoir nous limiter à un résumé rapide de certains travaux antérieurs. Notamment TRUMPLER, *op. cit.*, p. 22-27; 69-85; KNIEP, *Societas publicanorum*, I, Léna, 1896; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 21 et s.; 656-657; MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, p. 404; ROSTOWZEW, *Geschichte des Staatspacht*, 1903, Leipzig; SALKZOWSKI, *Quaestiones de iure societatis praecipue publicanorum*, Königsberg, 1859; COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, p. 180 et s.; CAGNAT, *Le portorium*, Paris; LEIST, *op. cit.*, p. 34 à 45.

d'une part les sociétés de publicains, d'autre part les autres grandes sociétés. Ces dernières se formant directement sous l'effet des événements, ne se différenciaient en rien des sociétés ordinaires et privées : elles n'en sont qu'une adaptation pour la satisfaction de besoins que l'Etat aurait dû pouvoir satisfaire (1). Il faut d'ailleurs remarquer que les plus grosses opérations soit de crédit, soit même commerciales seront accomplies fréquemment par les sociétés de publicains, ce qui permet d'admettre que les autres associations devaient être de puissance assez limitée.

Mais les sociétés de publicains se présentent comme ayant subi une évolution toute différente. Elles ne sont pas nées certainement au moment des guerres puniques pour répondre aux besoins de cette époque : elles n'y ont trouvé qu'une raison d'accroissement rapide et puissant. Toutefois ce n'est que dans l'œuvre de Plaute que l'on trouve une première affirmation de leur existence (2) ; Caton ne les cite que rapidement (3), ainsi que Lucilius (4). Ce n'est qu'au VII^e siècle, que, devant l'augmentation des impôts en nombre et en importance, l'accroissement d'étendue des provinces, elles vont prendre un essor toujours plus grand (5). Les règles ordinaires de la société n'auraient pas permis la satisfaction de ces besoins : il fallait grouper des individus suivant une forme d'association assurant une

(1) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 656.

(2) Plaute, *Truculentus*, 1, 2, 39 (141) : *Ubi, non est, scripturam unde dent, inculant publicanos non arvos hic, sed pascuos ager est... hunc nos habemus publicum illi alii sunt publicani.*

(3) Caton, *Orationum reliquia*, XIX, 5 : *Quod attinet ad salinatores acrios cui cura vectigalium, resignat; LXXIII : sed tum ubi ii dimissi sunt revertantur resignatis vectigalibus.*

(4) Lucilius, *Sab.*, 28, 453-454. Pour Cicéron, les sociétés de publicains sont anciennes ; *In Verr.*, 2, 172 : *itaque socii fuerunt, vetere instituto publicanorum.*

(5) En ce sens, FRANK, *An economic history of Rome*, 1920, p. 229 à 231 ; MOMMSEN, *Hist. romaine*, liv. 3, chap. 12.

stabilité certaine au groupement et des sûretés presque illimitées à l'Etat (1).

Le *publicanus*, dans le sens général du mot, était tout aussi bien le fournisseur d'armées, l'entrepreneur de travaux publics que le fermier des impôts (2). Mais, dans son sens le plus étroit, c'est celui qui s'engage vis-à-vis de l'Etat à lui payer chaque année une somme déterminée comme produit d'un impôt dont la perception lui est abandonnée : *publicani autem dicuntur, qui publica vectigalia habent conducta* (3). Ce sont ces seuls *publicani* que nous étudions à part, les autres n'étant que des *socii* ordinaires ou des *publicani* agissant hors de leur sphère normale d'action (4). Suivant les revenus de l'Etat pris à bail, les publicains prenaient un nom spécial. Au premier rang, se trouvaient les fermiers de la *decuma*, la *decumani* (5); les fermiers de la redevance

(1) En ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 71.

(2) Valère Maxime, 5, 6, 8; Tite-Live, XXV, 3, 9; en ce sens, KNIEP, *op. cit.*, p. 1 à 11; MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, 442, n. 2; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 24.

(3) Gaius, 4, 28 : *publicani vectigalium publicorum populi Romani*. — De là sortiront un grand nombre de ces brasseurs d'affaires qui devaient former en partie cette classe importante, surtout à la fin de la République, des chevaliers.

Pline, *Hist. nat.*, 9, 3, 39 : *publicani, qui pascua conducunt*; D., 39, 4, 12, 13 : *publicani autem dicuntur, qui publica vectigalia habent conducta*; D., 39, 4, 1, 1 : *Publicani sunt qui publico fruuntur..., sive fisco vectigal pendant vel tributum consequantur : et omnes, qui quid a fisco conducunt, recte appellantur publicani*; D., 50, 16, 16 : *eum qui vectigal populi Romani conductum habet, publicanum appellamus*; D., 43, 14, 1, 7 : *publicano plane, qui locum vel stagnum conduxit*.

(4) Il faut remarquer que même les sociétés qui percevaient les impôts des communes n'étaient que des sociétés ordinaires : en ce sens, KNIEP, *op. cit.*, p. 297.

(5) Cicéron, *De leg. agr.*, 2, 19, 45 : *Adiungit Bithynia regios, quibus nunc publiconi fruuntur deinde Attalicos agros in Chersoneso; in Macedonia, qui regis Philippi et Persae fuerunt, qui item a censoribus locati sunt*; Cic., *Pro lege Manilia*, 6 : *ita neque ex portu, neque ex decumis, neque ex scriptura vectigal conservari potest*; Ps. Asconius, *In div.*, § 93 : *si decumas redimunt decumani appellantur*.

due pour les pâturages (*scriptura*) portaient les noms de *pecuarii* ou *scriptuarii* (1); les fermiers des douanes s'appellent *portarium conductores* (2); les *publicani metallorum* afferment l'exploitation d'une mine de l'Etat (3). Quant aux sociétés, Cicéron les appelle tantôt *societates vectigalium* (4), tantôt *societates publicanorum* (5), parfois même simplement *societates* (6).

Elles se formaient pour louer à l'Etat la perception d'un impôt (7). Il est certain que ces grosses sociétés ne louaient pas seulement la perception d'un seul *vectigal*, mais que la même société prenait à sa charge plusieurs *vectigalia* (8). Elles pouvaient s'étendre ainsi sur toute une partie de l'Empire (9). D'ailleurs les anciennes sociétés formaient elles-mêmes de nouvelles sociétés (10), et certains de leurs

(1) Festus, 333 : *Scriptuarius ager publicus appellatur, in quo, ut pecora pascantur, certum aes est : quia publicanus scribendo conficit rationem cum pastore.*

(2) Cic., *De imp. Pomp.*, 6, 16 : *cum publicani familias maximas quas in saltibus habent, quas in agris, quas in portubus atque custodiis*; Cic., *In Verr.*, 2, 75, 185 : *His exportationibus HSL socios perdidisse ex vicesima portorii Syracusis*; Tite-Live, XL, 51, 8 : *portoria quoque et vectigalia uidem (censores) multa institerunt.* En ce sens, CAGNAT, *Le portorium*, thèse Paris, 1880, p. 89 et s.

(3) D., 39, 4, 12, 3 : *Publicani dicuntur qui publica vectigalia habent conducta, sed et hi qui salinas et cretifodinas et metalla habent (conducta) publicanorum loco sunt.*

(4) Cic., *Pro Sest.*, 14, 32; le terme de *vectigal* primitivement ne devait concerner que l'impôt sur les terres, mais peu à peu sa notion est devenue plus large et s'appliquait à toutes les ressources indirectes de l'Etat; en ce sens, MARQUARDT, *Organisation financière*, p. 396 et s.

(5) Cic., *Ad fam.*, 13, 10, 2.

(6) Cic., *In Vat.*, 3, 8; *De domo*, 56, 142; *Pro Plancio*, 13, 32; *In Verr.*, 76, 186.

(7) En ce sens, KNIEP, *op. cit.*, p. 100 à 112; p. 86 et s.

(8) *Ad Attic.*, 11, 10, 1 : *operas in portu et scriptura Asiae pro magistro dedit*; *In Verr.*, 2, 2, 70, 171; 3, 71, 167.

(9) *In Verr.*, 3, 11, 27.

(10) *Ad fam.*, 13, 9, 2 : *Bithyniae societate, quae societas ordine ipso*

membres s'assuraient de grosses participations dans plusieurs autres sociétés (1).

Mais ces sociétés ne limitaient pas leur activité à la simple perception des impôts; elles faisaient particulièrement des opérations de banque. Elles avaient un compte courant avec l'Etat; car ce dernier ne se faisait payer la redevance qui lui était due qu'au fur et à mesure de ses besoins (2). Elles pouvaient aussi recevoir des dépôts. Cicéron durant son proconsulat en Cilicie avait déposé tous les fonds publics dans une banque à Ephèse (3). Enfin elles pouvaient effectuer des opérations de crédit fréquemment au profit de contribuables qui avaient ainsi la faculté de reculer, moyennant de lourds intérêts, l'échéance de leurs impôts (4).

Cicéron semble avoir eu une partie de son immense fortune dans ces sociétés (5). Les capitaux ainsi engagés étaient énormes, et Cicéron craindra que certaines grosses pertes de sociétés fermières d'Asie ne provoquent à Rome une crise du crédit (6) et que la ruine de quelques-uns n'entraîne celle de beaucoup d'autres citoyens (7).

hominum genere, pars est maxima civitatis; constat enim ex ceteris societatibus.

(1) *Pro Planc.*, 13, 32, 2.

(2) *In Verr.*, 2, 3, 70, 165 : *cum posita esset pecunia apud eas societates unde erat attributa*; 3, 72, 168; en ce sens, ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 370.

(3) *Ad fam.*, 5, 20, 9 : *simul illud cogitare debes me omnem pecuniam quae ad me salvis legibus pervenisset, Ephesi apud publicanos deposuisse*; *Ad Attic.*, 11, 2, 3.

(4) *Ad Attic.*, 6, 1, 19 : *usuras eorum, quas portionibus adscriperant, servavit etiam Servilius. Ego sic. Diem statuo satis laxam, quam ante si solverint, dico me centesimas ducturum, si non solverint ex pactione. Itaque et Graeci solvent tolerabili faenore, et publicanis res est gratissima.*

(5) *In Verr.*, 2, 73, 181; *Ad fam.*, 13, 10, 2; en ce sens, DELOUME, *Les manieurs d'argent*, p. 58 et s.

(6) *De imp. Pomp.*, 7, 19 : *in provincia pecunias magnas collocatas habent.*

(7) *Pro lege Manilia*, 7, 18, 19. Pour protéger les sociétés et éviter ces lourdes pertes, Cicéron demande une guerre : exemple qui montre l'import-



De l'acte de constitution de la société, il faut distinguer nettement le contrat de bail passé au nom de la société avec le censeur par un *manceps* et ses garants. La société aura aussi des associés fondateurs ou administrateurs, mais qui n'interviennent pas obligatoirement dans les conventions avec l'Etat.

Dans la mise à ferme des impôts, un *manceps* était le représentant de la société future ou précédemment existante (1); c'est lui qui prend l'adjudication (2); il se trouve donc seul engagé vis-à-vis de l'Etat; cependant ce n'est pas lui qui dans la suite pourra percevoir les impôts, mais la société. Les conditions étaient fixées dans une *lex censoria* (3); le bail avait une durée d'un lustre, donc de 5 ans (4). Le *manceps* devait fournir un cautionnement et mettre en gage des immeubles (5), aussi allait-il être en général l'associé le plus important (6);

tance que les chevaliers avaient su prendre dans la direction des affaires publiques.

(1) Cicéron, *Pro Sex. Roscio*, 8, 21; *De domo*, 18, 48; *Ad fam.*, 5, 20, 3; en ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 25, n. 122; sur les sens successifs du mot *manceps*, voir KNIEP, *op. cit.*, p. 103 et s. Les mêmes éléments se retrouvent dans l'affermage des impôts en Grèce; en ce sens, ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 368; MITTEIS, *op. cit.*, p. 17, n. 48.

(2) Paul Diacre, 151; *In Verr.*, 2, 54, 141 : *Digitum tollit Junius*.

(3) *In Verr.*, 4, 55, 143; *Ad Q. frat.*, 1, 1, 12, 35.

(4) En ce sens, MOMMSEN, *Staatsrecht*, II, 430; KARLOWA, *R. R. G.*, I, p. 243; II, p. 27; 243; KNIEP, *op. cit.*, p. 100. Mais on comprend que ces grandes associations ne pouvaient être liquidées tous les cinq ans, aussi leur bail leur était-il régulièrement renouvelé; d'ailleurs l'importance des capitaux en jeu rendait bien difficile la formation d'une autre société. A l'époque de Néron des sociétés fondées sous la République existent encore. Cf. Tite-Live, 43, 16; Tacite, *Ann.*, 13, 50.

(5) Tite-Live, 22, 60, 4 : *praedibus ac praediis cavendum populo*; en ce sens, MOMMSEN, *Staatsrecht*, V, 468; KNIEP, *op. cit.*, p. 204 à 231.

(6) *Pro Plancio*, 13, 32; *Div. Caec.*, 10, 33; *In Verr.*, 2, 76, 175; *Pro Planc.*, 26, 64; *De domo*, 10, 25; Pline, *Hist. nat.*, 33, 164.

les autres associés se présentaient eux-mêmes comme *prædes* (1).

La société assurait l'exécution des clauses du bail. A sa tête se trouve un *magister* (2) ou plusieurs *magistri* (3), qui étaient régulièrement changés tous les ans (4). Pour les aider et les suppléer, ils pouvaient avoir des individus, *socii* ou non, suivant que le nombre des associés ne suffisaient pas, appelés *pro magistro* (5). Avec les *magistri* de Rome, ils entretiennent une correspondance régulière (6), et notamment ils recevaient le compte rendu des affaires (7). En dessous des *magistri*, travaille tout un ensemble d'individus salariés (8); il leur fallait en effet de nombreux scribes qui, ordinairement, étaient des

(1) Tite-Live, 22, 60, 4; Cicéron, *De domo*, 18, 48.

(2) *Pro Plancio*, 13, 32, 2 : *deinde, ut ipse..., equites romanos, summo splendore fuerit; ut postea... maximarum societatum auctor, plurimarum magister...*; *Ad fam.*, 13, 9, 2 : ... *P. Rupilius... qui est magister in ea societate*. — En ce qui concerne l'organisation de ces sociétés : voir TRUMPLER, *op. cit.*, p. 72 et s.

(3) *In Verr.*, 4, 3, 71, 167 : *Vettius misit in Siciliam litteras ad Carpinatium, cum esset magister scripturae et sex publicorum*; *In Verr.*, 4, 3, 71, 168. Les *magistri* pouvaient être pris parmi les associés; les chevaliers romains recherchaient ces emplois; Cicéron, *Pro Plancio*, 13, 32, 2, ne vante-t-il pas Plancius d'être le *princeps* parmi les chevaliers romains et le *magister plurimarum societatum*; de même, *Pro C. Rabirio Post.*, 2, 3; *Ad fam.*, 13, 6, 2; *In Verr.*, 2, 74, 182; *Pro Font.*, 5, 12; *Velleius Paternulus*, 2, 11, 2; D., 50, 5, 8. 1.

(4) *In Verr.*, 2, 73, 182 : *dein quaesivi, quod erat inventu facillimum qui per eos annos magistri illius societatis fuissent, apud quos tabulae fuissent*; *In Verr.*, 2, 74, 182.

(5) *In Verr.*, 2, 3, 70, 169 : *In scriptura Siciliae pro magistro est quidam L. Carpinatius...*; *Ad Attic.*, 11, 10, 1 : *P. Terentius... operas in portu et scriptura Asiae pro magistro dedit*; *Ad fam.*, 13, 9, 3 : ... *Cn. Pupium, qui est in operis eius societatis...*; de même, *Ad fam.*, 13, 65; *Ad Attic.*, 5, 15, 3.

(6) *Ad Attic.*, 5, 15, 3; 5, 16, 1; *Ad fam.*, 8, 7, 1; en ce sens, KNIEP, *op. cit.*, p. 13.

(7) *In Verr.*, 2, 2, 70.

(8) *Ad fam.*, 13, 9, 2; *Pro Plancio*, 19, 47; *In Verr.*, 2, 70, 171; 3, 41, 94; en ce sens, CAGNAT, *Le portorium*, p. 89 et s.

esclaves (1). Les uns séjournaient dans les petites localités (2) : ils étaient chargés de la comptabilité (3); d'autres étaient des coureurs ou des courriers à cheval.



Dans la mesure prévue par les clauses du pacte social, lorsque les intérêts de la société ne pouvaient être réglés par les *magistri*, les décisions étaient prises par des assemblées de *socii* (4); les *decumani* peuvent être considérés comme les membres d'un conseil d'administration véritable. Quant aux *magistri*, ils n'intervenaient qu'une fois la société conclue, mais pouvaient alors engager la société et la représenter même en justice (5).

Dans les relations avec les contribuables, il eût été impossible d'admettre que chaque associé aurait dû les poursuivre pour sa propre part. Des clauses du pacte social auraient pu régler une telle situation; mais il était admis par la coutume et les lois que chaque associé ou son représentant avait le droit d'agir pour le montant intégral des impôts et inversement que

(1) Cicéron, *Ad Attic.*, 5, 15, 3; *De prov. cons.*, 5, 10; *Brutus*, 22, 85.

(2) En ce sens, KNIPE, *op. cit.*, p. 13.

(3) *In Verr.*, 2, 186 : *inspiciēbamus Syracusis a Carpinatio confectas tabulas societatis*; id., *intellegētis enim illa tempora... cum societatis tabulis non solum consulibus, verum etiam mensibus convenire*; id., *nunc ad sociorum tabulas accepti et expensi... revertemur*.

(4) *In Verr.*, 2, 2, 71, 175 : *decumani, hoc est principes et quasi senatores publicanorum, removendas de medio litteras consuerunt. Habeo ex iis... homines honestissimos ac locupletissimos, istos ipsos principes equestris ordinis*. *In Verr.*, 2, 2, 71, 173; le sens de *decumanus*, dans ces textes, diffère nettement du sens que lui donne Cicéron au livre 3 de ses *Verrines* : *In Verr.*, 3, 141; 50; 130 : *loquebantur enim decumani palam et praeter caeteros is... praetorem esse socium*; 3, 132 : *Ni Apronius dictitaret te sibi in decumis esse socium*; id., 135; 137; 157; *Decumanus* a, dans ces cas, le sens de fermier assurant la perception de la *decuma*; en ce sens, COSTA, *Cicerone giureconsulto*, p. 179; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 73, n. 398.

(5) *Ad fam.*, 13, 65, 1; *De prov. cons.*, 5, 12.

tous les associés étaient responsables d'un délit commis par l'un d'eux dans la perception des impôts (1).

Pour assurer sa fonction économique dont les obligations issues du contrat d'affermage ne sont que les éléments, la *societas publicanorum* avait non seulement une administration unique et commune, mais elle avait une *arca communis*, un capital social (2). Dans toute autre société, dettes et créances sociales tombaient dans le patrimoine de l'associé, débiteur ou créancier; dans la *societas publicanorum*, tout au contraire, l'associé ne reste propriétaire que d'une part d'un capital social distinct de son patrimoine. Aussi comprend-on que la considération de la personne des associés ait eu une importance assez relative, et que le capital social ait pu s'accroître des apports des associés comme de ceux de capitalistes étrangers au contrat de société.

En effet, la société ne pouvait pas être dissoute par la mort de l'un des associés; son héritier lui succède sans être toutefois *socius ipso iure*; certaines formalités s'imposent : *in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat : quod ipsum ex causa aestimandum est* (3).

D'autre part, la nature particulière du capital social apparaît nettement dans le caractère de certains apports. En effet, à côté d'un cercle peut-être restreint d'associés, des individus peuvent être tenus à l'égard de la société sans être des asso-

(1) Ce pouvoir des associés ressort nettement de la loi agraire (I, 200, BRUNS, p. 74), de la loi *Malacitana*, II, 1964 (BRUNS, p. 147), de la *lex Metelli Vipascensis*, II, 518 (BRUNS, p. 263).

(2) Pour permettre l'exploitation, les associés devaient verser la part qu'ils s'étaient engagés à payer; mais dans le capital social entraient aussi un élément variable : le montant des impôts payés par les contribuables, le capital n'était donc pas fixe. Quant à la société, elle faisait ses versements à l'Etat suivant des échéances fixées à l'avance : en ce sens, KRIEGER, *op. cit.*, p. 272 et s.; p. 289; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 71, 79.

(3) D., 17, 2, *Pro socio*, 59, pr.; Pomponius, lib. 12 *ad Sabinum*.

ciés (1); leur rôle se bornait à apporter des capitaux, tout en s'assurant les profits dans les spéculations et bénéfices; ils n'ont pas le droit de prendre part à l'administration et à la gestion des affaires; ils sont propriétaires d'une partie du capital social, mais ne sont pas des associés (2). C'est ainsi que Vatinius, tribun de la plèbe, s'est emparé de certaines de ces parts qui appartenaient à César : *eripuerisne partes illo tempore carissimas partim a Caesare partim a publicanis* (3), car César était sénateur et il était interdit aux sénateurs

(1) En ce sens, KNIEP, *op. cit.*, p. 236 et s. Il est certain que l'ordre des chevaliers était numériquement de peu d'importance; or, l'Etat leur offrait au contraire l'occasion d'opérations commerciales nombreuses. De là, la nécessité pour rassembler les capitaux nécessaires, d'admettre les *adfinēs* et les *participēs*; en ce sens, ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 371.

(2) Cicéron, *In Verr.*, 2, 1, 55, semble bien distinguer les différents participants des sociétés; il cite une disposition introduite par Verrés en qualité de prêteur dans la *lex censoria* d'un contrat de bail et qui était illégale : *qui de censoribus redemerit eum socium ne admittito, neve partem dato* : celui qui aura obtenu l'adjudication des censeurs, n'aura le droit ni de prendre un associé, ni de donner des parts de participation. On distingue donc bien l'associé qui participe aux affaires et celui qui, semblable au commanditaire, se borne à faire un placement d'argent; en ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 81 et s.; KRÜGER, *C. R.*, Trumpler, p. 464-465; nous ne pouvons que poser le fait de l'existence des *participēs* sans pouvoir analyser leurs rapports personnels ou réels avec la société et d'autre part avec leur auteur ou *socius* précédent; voir KNIEP, *op. cit.*, p. 236 à 240, sur la question de savoir si les *adfinēs* avaient le droit d'user de l'action *pro socio* ou de l'action *communi dividundo*.

Il serait aussi intéressant de montrer comment cette forme technique des *partes* permit surtout la spéculation intense qui caractérisa la vie des affaires à la fin de la République. En ce sens, ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 372-3; *In Vatinium*, 13, 29 : le qualificatif de *carissimas partes* est à remarquer, et si on le compare au texte du *Pro Rabirio*, 2, 4, où Cicéron parle de *magnas partes*, et au texte de Valère Maxime, 6, 9, 7, où il parle d'une *exiguam partem*, nous pouvons en déduire l'existence de cette spéculation certaine sur les *partes* : les associés ou les participants avaient le droit de les vendre et les unes atteignaient des valeurs énormes alors que d'autres n'étaient que des placements d'une sûreté toute relative : *Ad fam.*, 13, 10, 2 : *maximis enim damnis affectus est*.

(3) *In Vat.*, 13, 29.

d'être de véritables associés dans les *societates publicanorum* (1).



Il résulte de cet ensemble de constatations que la *societas publicanorum* fut une forme de société originale et sur des points essentiels totalement différente de la forme ordinaire des sociétés. L'étude de ses origines doit permettre d'en établir les raisons.

Après tout affermage d'impôt, le *manceps* qui avait obtenu l'adjudication, devait donner le nom de ses garants au censeur qui les porte sur un registre. Il est possible que cette inscription ait permis la formation d'une société. En effet, chaque contractant avait dû donner au préalable son consentement, il en résultait un accord sans forme et leurs rapports étaient sensiblement identiques à des rapports sociaux. De là, devait naître le besoin de rapprocher cette situation de fait d'une autre situation juridique déjà connue. De plus, au VII^e siècle, le caractère double de la *societas publicanorum*, d'une part une organisation interne comparable à celle des *collegia* et d'autre part l'existence d'une fortune sociale qui reste toutefois la propriété privée des associés, ne peut s'expliquer que si l'on admet que dans la constitution de ces sociétés il y a eu combinaison des deux formes d'association, le *collegium* et la *societas*. Un tel rapprochement ne semble pas douteux ; rien ne s'y opposait, le droit d'association étant libre ; aussi peut-on supposer que devant l'accroissement énorme des besoins, les parties aient pu pratiquement modifier par des clauses nouvelles le contenu de leur pacte social (2) ; mais cependant un

(1) En ce sens, KNIEP, *op. cit.*, p. 304-305 ; ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 12.

(2) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 657 ; DESSERTAUX, *Capitis diminutio*, p. 228.

point reste toujours certain, c'est que la société de publicains était une *societas* et non un *collegium* (1).

L'étude de la forme de ces sociétés et leur rapprochement avec les sociétés ordinaires ne sauraient donc avoir que peu d'utilité pour une analyse des autres formes de sociétés (2). D'ailleurs, leur décadence fut rapide; en effet, devant les abus sans cesse croissant, dont les Verrines offrent un tableau saisissant (3), et étant donné leur pouvoir politique porté au plus haut degré par les Gracques, César et surtout Auguste durent les supprimer (4). Les *decumani* disparaissent, car César rem-

(1) En ce sens, MITTEIS, *Privatrecht*, p. 404-405; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 71. *Contra*, COLIN, *Ver Vereinsrecht*, p. 155; GIERKE, *Deutsche Genossenschaft*, 3, p. 42; VOIGT, *Röm. Rechtsgeschichte*, 1, 808; DIETRICH, *Die rechtliche Natur der societas publicanorum*, p. 8, ont admis une telle similitude entre les règles de la *societas publicanorum* et du *collegium* qu'ils l'ont représentée non comme une forme de société, mais comme une simple corporation de traitants, comme un *collegium* de publicains. En réalité, les publicains pouvaient se réunir en collèges, toutefois les exemples en sont rares et distinguent les deux institutions; en ce sens, WALTZING, *op. cit.*, I, p. 53 et 228; II, p. 224; KNIEP, *op. cit.*, p. 241 à 249; ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 509; MITTEIS, *op. cit.*, p. 405.

(2) Tite-Live, 45, 18, 4, rapporte que le Sénat dut voter l'abandon de la Macédoine *nam neque sine publicano exerceri posse, et, ubi publicanus esset, ibi aut ius publicum vanum aut libertatem socii nullam esse*. Cicéron dit encore qu'on se plaint non des droits de douane en eux-mêmes, mais des employés de la douane : *Ad Q. fratrem*, 1, 1, 11, 33. D'ailleurs une autre lettre de Cicéron à son gendre, *Ad fam.*, 3, 9, montre avec quelle force il pouvait lui-même défendre les prétentions des compagnies de publicains et cela sans prendre en considération les intérêts de la province où ces derniers agissaient; en ce sens, KNIEP, *op. cit.*, p. 88; ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 370.

(3) Caius Gracchus, par une loi, avait fait accorder le pouvoir judiciaire aux chevaliers : ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 370.

(4) Il est certain que les *societates publicanorum* sont une des premières formes de société commerciale romaine que les textes permettent de déterminer; en ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 24; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 654; mais il ne faut pas en déduire, comme LEIST l'a prétendu, *op. cit.*, p. 34, tout le développement ultérieur de la société ordinaire, lorsqu'elle s'adapte aux nécessités commerciales; en ce sens, PERNICE, *Parerga*, p. 92, n. 2; car bien

place ces impôts indirects par des impôts en argent payables directement (1). L'administration impériale d'autre part prend une importance de plus en plus considérable et peut par elle-même assurer la satisfaction de ses besoins (2). Aussi le Digeste ne contient que quelques traces d'un si brillant passé, et les quelques sociétés de publicains signalées ne sont plus que des sociétés ordinaires (3).

qu'elle soit à but commercial, elle n'en est pas moins une société à forme corporative toute différente de celle de la société ordinaire.

(1) En ce sens, MARQUARDT, *Droit public*, II, 191.

(2) En ce sens, KNIEP, *op. cit.*, p. 88 à 92; MARQUARDT, *Organisation financière*, p. 396.

(3) En ce sens, KNIEP, *op. cit.*, p. 297 et s.; ROSTOWZEW, *op. cit.*, p. 507-508; MITTELS, *op. cit.*, p. 405 et n. 55.

CHAPITRE III

LA SANCTION DES RAPPORTS SOCIAUX : L'ACTION « PRO SOCIO »

SOMMAIRE. — Caractères de l'action *pro socio* : de bonne foi, infamante. — L'action *pro socio* existe dès les débuts de la procédure formulaire : cas de la société entre patron et affranchi. — La sanction sociale de l'époque des Actions de la loi : l'arbitrage privé et le *Pro Roscio comoedo* ; l'emploi de la stipulation pénale.

Au VII^e siècle de Rome, la sanction du contrat de société avait été établie par le préteur. Cicéron rapportant un texte de Q. Mucius Scaevola permet d'en connaître déjà les caractères (1) : *Q. quidem Scaevola pontifex maximus summam vim esse dicebat in omnibus his arbitriis in quibus adderetur ex fide bona fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in societatibus quibus vitae societas contineretur... ».*

Action de bonne foi ordinaire dont la condamnation est caractérisée par un premier effet particulièrement important : l'associé condamné est frappé d'infamie (2). L'Edit du préteur vient consacrer définitivement cette aggravation de peine : le *socius* ne peut plus *postulare pro alio*, agir devant le pré-

(1) *De officiis*, 3, 17, 70.

(2) *Lex Julia*, dite *Julia municipalis*, l. 111. GIRARD, *Textes*, 3^e éd., p. 15.

teur en qualité de *cognitor* ou de *procurator* (1). Mais d'autre part, la condamnation est limitée par une faveur accordée au seul *socius omnium bonorum* condamné : il ne peut être condamné que dans la mesure de ses forces (2).

Tout manquement à la foi promise comme toute contestation entre associés, devaient provoquer l'emploi de l'action *pro socio* soit durant la société, soit à sa liquidation. Quelle responsabilité s'imposait à l'associé ? à quels soins était-il tenu vis-à-vis des biens communs ? L'infamie, aggravant la sanction, entraînait peut-être une diminution des cas où aurait pu jouer sa responsabilité. Les textes pour cette époque ne permettent pas de préciser ces règles sans une comparaison avec les textes de l'époque classique (3).



Les textes permettent de dater l'action *pro socio* de bonne foi de la première moitié du VII^e siècle de Rome (4). Ce premier exemple de l'emploi de l'action est cependant relatif à une

(1) En ce sens, LENEL, *Edictum*, 1927, 3^e éd., VI, § 16 : *qui nisi pro certis personis ne postulent : qui pro socio... damnatus erit*. En ce sens, GIRARD, *Manuel*⁶, p. 201-202.

(2) Voir époque classique : le bénéfice de compétence.

(3) Voir époque classique : la responsabilité de l'associé.

(4) Il est possible d'admettre que la loi *Æbutia* a été votée entre 605 et 628 de Rome : en ce sens, GIRARD, *Manuel*⁶, p. 1012.

L'action *pro socio* était de la compétence des magistrats ordinaires ; cependant en tant qu'action infamante, nous pouvons conclure d'un chapitre du fragment d'Este (*Legis fortasse eiusdem fragmentum Attestinum*, 705-712 : BRUNS, *Textes*, n° 17, 1 ; GIRARD, *Textes*, 5^e éd., p. 79, I, n° 14) que cette action était en principe soustraite à la juridiction municipale ; cependant ici la loi par exception donne compétence aux autorités municipales jusqu'à concurrence d'une valeur de 10.000 sesterces : *qui... ad II virum III virum praefectumve in iudicium... pro socio... adducetur ; sei is, a quo petetur quamve quo agetur d(e) e(a) r(e) in eo municipio colonia praefectura iudicio certare volet et si ea res H S cclss minorisve erit, quo minus ibei d(e) e(a) r(e) iudex arbiterve addicatur, detur... ».*

application tout à fait spéciale de la société; car il rapporte la décision du préteur accordant la sanction sociale à une société entre un patron et son affranchi.

Ulpien, au livre 42 *ad edictum* (1), rapporte l'évolution historique des rapports entre patrons et affranchis : en 636 au plus tard (2), le préteur Rutilius aurait, le premier, accordé au profit du patron d'un affranchi les actions *operarum* et *societatis* contre l'affranchi qui aurait manqué à ses devoirs d'*obsequium* envers son maître.

Mais pouvait-il y avoir société entre un patron et son affranchi et quelle est la nature de cette action *societatis* (3)?

(1) D., 38, 2, *De bonis libertorum*, 1, 1 : *Et quidem primus praetor Rutilius edixit se amplius non daturum patrono quam operarum et societatis actionem, videlicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret liber- tus in societatem admitteretur patronus.*

(2) Q. Rutilius Rufus, consul en 649, préteur au plus tard en 636, est le premier jurisconsulte dont le nom soit mêlé à l'histoire de l'Édit tel qu'il se développa après la loi *Æbutia* : en ce sens, KRUEGER, *Histoire des sources*, p. 57.

(3) Certains auteurs, notamment BECHMANN, *Kauf*, 1, 487, ont voulu distinguer l'action *pro socio* et l'action *societatis* en s'appuyant sur le fait que l'action donnée par Rutilius est l'action *societatis* et non l'action *pro socio*. Cette remarque est discutable puisque les jurisconsultes classiques ne distinguent point ces expressions. *Judicium societatis* se rencontre fréquemment : D., 17, 2, 34; 52, 8; 71; 74; 14, 3, 13, 2; 14; I., 4, 6, 38. Inversement D., 44, 5, 1, 7, contient pour une action accordée au patron les termes de *pro socio agere*. En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 661; KRÜGER, *C. R., Trumpler*, p. 460; PERNICE, *Z. S. S.*, t. 22, p. 236.

D'ailleurs l'appellation *pro socio* est très particulière; normalement l'action devait être appelée action *societatis* et non action *pro socio*. Seule avec l'actio *pro judicato* (D., 42, 2, 6, *pr.* et s.; 2, 14, 7, 3) et exceptionnellement avec l'actio *protutela* (D., 27, 3, 1, 6 et 8) on trouve l'emploi d'une semblable expression (en ce sens, HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, v^o *Pro*, n^o 3). Cette expression ne signifie pas simplement : demandeur en qualité d'ancien associé, ni ne répond au sens courant du droit public par lequel on marque la situation d'un individu qui, n'étant pas magistrat, en exerce cependant la fonction, comme au cas du *pro dictatore*. Mais en réalité, il convient de traduire cette expression par : grâce à sa position de *socius*, en vertu de sa qualité de *socius* (en ce sens, SENN, *Leges perfectae*, p. 79). Dans quels cas le préteur pouvait-il d'ailleurs employer cette expression? On

Par l'affranchissement, l'affranchi, de *res Mancipi* qu'il était, est devenu une *persona*, il a un *status* (1). Par contre le maître a, en vertu de la loi des XII Tables, un droit de succession sur ses biens (2). D'une manière plus générale, l'affranchi dont la loi réglait la reconnaissance, devait respect et fidélité : de là pour le patron des droits qui existaient sans qu'il fût besoin de stipulations (3).

Mais des obligations particulières pouvaient être imposées à l'affranchi, le principe en était admis, mais elles n'étaient fixées ni en étendue, ni en nombre. Toutefois pour s'assurer le bénéfice de ces obligations, le maître devait imposer à l'esclave la *promissio operarum*. Avant la manumission, l'esclave jurait de promettre des *operae*; puis, une fois affranchi, il donnait, par une *sponsio*, une valeur juridique à sa promesse (4). En son absence il résultait une conséquence très favorable pour les

doit les écarter du contenu de la formule, ils n'en sont pas partie intégrante, ils sont superflus. Ils devaient être certainement mis en rubrique du chapitre qui concernait l'action offerte aux associés. En ce sens, LENEL, *Edictum*³, 1927, p. 297; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 660.

(1) D., 4, 5, *De capite min.*, 3, 1 et 4; Paul, *lib. 11 ad edictum*, et Modestin, *lib. 1 pandectarum* : *cum servo manumittitur, quia servile caput nullum ius habet ideoque nec minui potest : hodie enim incipit statum habere*. Cf. LEMONNIER, *Condition privée des affranchis*, Paris, Hachette, 1887, p. 16 et s.; 105 et s.

(2) Loi des XII Tables, *Tabula*, V, 8; Ulpien, 29, 1 : *Civis Romani liberti hereditatem lex XII Tabularum patrono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit. Ex ea familia qui liberatur erit, eius bona in eam familiam revertuntur*.

(3) Plaute, *Men.*, 5, 7, vv. 43-5 :

Sed patrone, te opsecro

Ne minos imperes mihi umquam, quam quom tuos servos fui

Apud ted habitabo et, quando ibis, una tecum ibo domum.

En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 144-5; CICIOTTI, *Déclin de l'esclavage antique*, p. 311 et s.

(4) D., 40, 12, *De liberali causa*, 44; Venuleius, *lib. 7 actionum* : *ideo autem solet ius iurandum a servis exigere, ut hi religione adstricti posteaquam suae potestatis esse coepisset, iurandi necessitatem haberet, dummodo in continenti, cum manumissus est, aut iuret aut promittat*.

liberti : aucune obligation précise ne pouvait les frapper, seuls les services imposés étant valables en droit. Mais inversement aucune restriction ne venait entraver les désirs du maître qui pouvait exiger de *durissimas res* (1).

En particulier, l'affranchi pouvait se trouver obligé de fournir au patron une part de tous les bénéfices qu'il réalisait, ce qui peut être une véritable société, si l'affranchi s'est obligé à *admittere in societatem* son patron. Mais cette *societas libertatis causa imposita* (2) s'oppose à la société qui pouvait être imposée en tant que pénalité. La première forme ne revêt aucun caractère pénal et joue effectivement dès l'affranchissement; l'autre, au contraire, n'était qu'une pénalité promise au cas de manquement aux devoirs; elle n'intervient qu'à titre de sanction (3). Elle était conclue *ut nisi ei obsequium praestaret libertus in societatem admitteretur patronus*. Par elle, au cas de non exécution des *operae*, le patron est titulaire d'une action *societatis* qui va lui permettre d'obtenir une partie de la fortune de l'affranchi (4).

De là découlèrent de nombreux abus et le préteur dut intervenir (5). Le but essentiel de l'édit était de restreindre les droits

(1) D., 38, 2, *De bonis libertorum*, 1, *pr.* Plaute donne de fréquents exemples d'esclaves offrant à leur maître une somme d'argent pour obtenir leur affranchissement : *Asin.*, 3, 3, vv. 60-2 :

*Primum omnium servos tuos non esse non negamus
Sed si tibi vigintae minae argenti proferentur
Quo non vocabis nomine ? A. Libertos.*

(2) D., 44, 5, *Quorum rerum actio non datur*, 1, 7, Ulpien, *lib.* 76 *ad edictum* : *Onerandae autem libertatis causa facta bellissime ita definiuntur, quae ita imponuntur, ut, si patronum libertus offenderit, petantur ab eo semperque sit metu ex actionis ei subiectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono praecipiente.*

(3) D., 44, 5, *Quarum rerum actio non datur*, 1, 5 : *quae onerandae libertatis causa stipulatus sum, a liberto exigere non possum*; de même : D., 38, 1, 39, *pr.*

(4) Le patron devait en recevoir la moitié comme au cas de société.

(5) Ulpien, *lib.* 42 *ad edictum*, D., 38, 2, *De bonis libertorum*, 1, *pr.* : *hoc edictum a praetore propositum est honoris quem liberti patronis habere*

du patron; à ce sujet d'ailleurs, Ulpien reproduit l'opinion de Servius qui reconnaissait qu'à cette époque le maître avait l'habitude d'exiger de ses affranchis de *durissimas res*; il voulait en quelque sorte tirer le plus de profit du fait que l'octroi de la qualité de citoyen romain était une grande faveur pour l'esclave (1).

Le prêteur vient consacrer la stipulation d'une société à titre de pénalité, frappant de nullité, en particulier la *societas libertatis causa* antérieure, ainsi que toutes les autres formes de pactes non reconnus par l'édit. La société n'existe plus qu'au cas de manquements de l'affranchi dans l'accomplissement de ses *operae*, et le droit du patron se présente comme un droit simplement unilatéral; aussi s'est-on demandé si les Romains considéraient cette société comme une société véritable. D'ailleurs son caractère pénal enlevait à cette association un de ses caractères essentiels : l'affranchi ne pouvait la dénoncer, il devait la subir. Ces objections ne doivent cependant pas nous arrêter; car le texte de l'édit de Rutilius parle de *societas*; et de cela il résulte qu'il devait y avoir une société (2).

debent, moderandi gratia. namque ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium quod in libertas confertur cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur.

(1) D., 38, 2, *De bonis libertorum*, 1, pr.

(2) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 661-662; KRÜGER, *C. R.*, *Trumpler*, p. 460; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 16 à 19; *contra*, GIRARD, *Manuel*, p. 586, n. 1; PERNICE, *Parerga*, 3, p. 101-102.

Très rapidement l'emploi exceptionnel de la *societas* devait à son tour paraître une source d'exploitation; Auguste ne laisse subsister que l'action *operarum* et supprime l'action *societatis*. Le droit du patron est réduit au droit à une certaine partie de l'hérédité de l'affranchi : D., 38, 2, 1, 1. On ne conçoit plus la possibilité d'une société : *Labeo ait libertatis causa societatem inter libertum et patronum factam ipsi iure nihil valere palam esse* : D., 38, 1, 36; aussi pour Ulpien, les droits du patron ne sont plus qu'une *imago societatis* : *videlicet enim imago societatis induxit eiusdem partis praestationem, ut, quod vivus solebat societatis nomine praestare id post*



L'existence de l'action *societatis* est donc certaine dès 636 de Rome; et dès l'époque de Cicéron, elle était d'une application générale, assurant la sanction des sociétés ordinaires et peut-être même des sociétés de publicains (1).

Mais antérieurement à la loi *Æbutia*, quelle était la sanction des contrats de société? Il n'existe pas de traces d'action

mortem praestaret : D., 38, 2, 1, 1. Donc à l'époque classique, les juriconsultes reconnaissaient qu'à l'époque de Rutilius il y avait eu une véritable société; son caractère très particulier et l'évolution de la condition des affranchis, seuls n'en permettront plus la possibilité dès les débuts de l'époque classique.

Ces textes nous donnent la plus vieille mention relative à l'action *pro socio* dans l'état actuel de nos documents, mais ils ne permettent pas de considérer que l'action *societatis* a été créée pour ce cas particulier, ni de chercher la racine de la société classique dans cette société patronale. Elle n'est qu'une étape dans le développement juridique de la situation des affranchis. LEIST, *op. cit.*, p. 31-34, admet précisément, avec erreur, que l'action *pro socio* aurait son origine, non dans l'édit de Rutilius, mais dans la sanction des sociétés conclues avant cet édit. Pour LEIST, en effet, de la communauté familiale était sortie la société universelle de tous biens. Mais à ce contrat, il manquait une sanction. L'origine de cette action est alors à rechercher dans le moyen accordé au patron contre son affranchi pour assurer au premier l'observation des règles de l'*obsequium* : on forcera le coupable à agir au profit de son maître; manière violente et contraire peut-être à l'idée de *fraternitas*. On ne peut, en réalité, d'une situation aussi particulière que celle de l'affranchi et du patron, tirer une sanction propre à régler les rapports contractuels qui unissent les associés ordinaires. Ce cas de la société patronale ne peut être, au contraire, qu'une application toute spéciale des règles de la société en faveur des affranchis.

(1) Pour KRIEGER, *Societas publicanorum*, p. 303 et s. Bien qu'il soit admis ordinairement sur la foi de D., 17, 2, 65, 15 que l'action *pro socio* sanctionnait les rapports entre *publicani*, il croit cependant qu'il y ait lieu de douter fortement de cet emploi. Pour lui ce texte a trait à une société ordinaire et non à une véritable société de publicains, car elle est formée entre deux personnes et s'est portée adjudicataire d'impôts d'Etat comme de communes; mais surtout le pacte social contient certaines clauses relatives à une résiliation prématurée, qui seraient incompatibles avec les règles ordinaires des sociétés de publicains.

in factum, et l'on admet que, dès la loi *Æbutia*, l'action *pro socio* fut rédigée *in jus* (1).

A l'époque des actions de la loi, une sanction, non seulement des simples communautés formées dans la forme de sociétés universelles, mais aussi des premières sociétés commerciales qui se forment dès le VI^e siècle, devait être reconnue; en effet on ne peut admettre, sans éviter au fond la question, qu'un tel ensemble de rapports ait échappé à la loi ou tout au moins au pouvoir du préteur. On pose le principe que les formes procédurales de la *legis actio* ne permettaient pas une sanction des contrats de bonne foi. Quel expédient donc, en face de nécessités certaines, devait-on utiliser, ou peut-on admettre que le préteur aurait pu déjà intervenir d'une manière spéciale?

On a pensé trouver des preuves d'une sanction spéciale dans le *Pro Roscio comoedo* de Cicéron : *Pro Roscio comoedo*, 4, 11; 4, 12 et 5, 15 (2). Les parties auraient eu le droit de demander au préteur d'instituer en leur faveur, un arbitre, par un décret spécial, ce qui lui permettait en outre d'accueillir ou de rejeter la demande. Cet arbitre aurait été donné en dehors de l'*album* et aurait reçu du préteur le droit de prononcer une décision judiciaire (3).

En réalité, il importe de voir, par un rapide exposé des éléments du procès, si réellement Cicéron parle d'une action tendant à la liquidation de la société, et si au contraire il ne nous donne pas un exemple d'arbitrage privé (4).

(1) En ce sens, GIRARD, *Manuel*⁶, p. 592-593; LENEL, *Edictum*², p. 108; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 1303.

(2) Voir note 1, p. 98.

(3) En ce sens, MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, p. 42 à 54; CUQ, *Manuel*, 1917, p. 850; *Institutiones*, p. 689 à 694; WLASSAK, *Röm. Prozessgesetze*, II, p. 350; *Z. S. S.*, t. XXV, p. 131, n. 2; LENEL, *Z. S. S.*, t. XXX, p. 333. Ces deux derniers auteurs n'admettent pas toutefois l'ensemble des conclusions formulées par MITTEIS et CUQ.

(4) En ce sens, WIRBEL, *Le cognitor*, thèse Nancy, 1911, p. 36 et s.; COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, p. 156-159; HUVELIN, *Le furtum*, I, p. 459-

Panurge est tué par Flavius de Tarquinies, et les deux associés Fannius et Roscius intentent une action sur le chef de la loi Aquilia ; pour cela Fannius est constitué par Roscius son *cognitor* (1). Or après la *litis contestatio*, Roscius fait une transaction avec Flavius et reçoit de ce fait la propriété d'un fonds de terre (2). Douze ans après, tandis que Fannius n'a toujours rien obtenu, le fonds de terre acquis par Roscius atteint une très haute valeur. Aussi Fannius attaque-t-il Roscius (3), mais la contestation aboutit à un compromis dont C. Pison est l'arbitre. Roscius s'engage par cet acte à verser 100.000 sesterces à Fannius à condition de recevoir la moitié de ce que Fannius retirerait éventuellement (4). Roscius en paie 50.000, mais Fannius d'autre part reçoit de Flavius 100.000 par suite d'un procès qu'il avait intenté devant C. Cluvius (5). Apparemment les deux associés devaient être satisfaits. Roscius devait 50.000, mais en vertu du même compromis Fannius lui en devait 50.000. Aussi devant les réclamations de Fannius, Roscius refuse de solder le reste des 100.000 promis. Mais se fondant sur le caractère particulier de la promesse de Roscius, Fannius intente une *condictio certae pecuniae*, action de droit strict dont l'objet est 50.000 sesterces (6).

470 ; pour la bibliographie, voir SCHANZ, *Geschichte der. röm. Litteratur*, 1, 2, 3^e éd., Munich, 1909, p. 244-246. HUVELIN, *op. cit.*, se demande si Fannius n'a pas intenté une instance par la procédure *per formulam arbitriam*, pour savoir si Roscius n'a pas violé un interdit fraudatoire délivré à Fannius. Il y aurait eu *fraus* de la part de Roscius en transigeant, car il avait compromis la solvabilité de Flavius et agi avec mauvaise foi à l'égard de Fannius. Cependant malgré l'emploi par Cicéron du mot *fraus* et même de *furtum*, le délit n'était pas très caractérisé, car Roscius pouvait très certainement transiger. Le *cognitor* a la simple mission de conduire la procédure, donc Roscius avait pu conclure à juste titre cette transaction avec Flavius. En ce sens, WIRBEL, *op. cit.*, p. 52.

(1) *Pro Roscio com.*, 11, 32.

(2) *Pro Roscio com.*, 11, 32.

(3) *Pro Roscio com.*, 4, 12, 13 ; 9, 25 et 26.

(4) *Pro Roscio com.*, 13, 37 et 38.

(5) *Pro Roscio com.*, 14, 41.

(6) *Pro Roscio com.*, 4, 10. Le fondement de cette *condictio* est très dis-

Cicéron plaide pour Roscius défendeur à la *condictio*; il rappelle tous les faits et en particulier le compromis intervenu devant Cn. Pison; il en précise en outre la nature, ainsi que celle de la première action intentée, douze ans après la perte de Panurge, par Fannius contre Roscius.

Cette action intentée douze ans après la mort de Panurge, pouvait-elle être l'action *pro socio*? Il est certain que même après la mort de Panurge, l'action *pro socio* subsiste (1); or pour Satrius, l'adversaire de Cicéron, c'est bien cette action que Fannius semble avoir voulu engager pour provoquer ainsi un acte de liquidation de la société et obtenir une somme à titre de condamnation (2). Ce n'est cependant pas le point de vue que Cicéron soutiendra: pour lui Fannius ne voulait que régler les dépenses qu'il avait faites en sa qualité de *cognitor* de Roscius; la preuve en est, c'est que Roscius a promis les 100.000 H S à titre de libéralité (3). Une telle prétention sem-

cuté: une seule chose est certaine, c'est que comportant une *sponsio tertiae partis*, elle est une action de droit strict.

(1) En ce sens, GIRARD, *Manuel*⁶, p. 591; PERNICE, *Labeo*, III, 1, p. 224-225.

(2) C'est là un exemple tout au moins de la possibilité de l'action *pro socio* en 688-66 au moins. Pour Fannius, la question ne faisait certainement pas de doute: il voulait obtenir la liquidation des dettes que lui devait Roscius; en effet, Satrius se faisait fort de prouver que Roscius n'avait pu transiger qu'au nom de la société: *Pro Roscio com.*, 12, 34-35; 17, 52, et Cicéron essaiera précisément de prouver que Roscius a voulu agir toujours pour son compte personnel et qu'en conséquence le produit de la transaction ne devait pas tomber dans le patrimoine social: *Pro Roscio com.*, 17, 52. En ce sens, PERNICE, *Parerga*, p. 98 et s.

(3) Il ne nous semble pas toutefois exact que l'on puisse admettre que Fannius en agissant contre Roscius ne réclamait que le montant des impenses qui lui étaient dues pour ses frais de représentation au procès contre Flavius. La preuve en serait dans le caractère de libéralité qu'affecterait la promesse que va faire Roscius devant Pison: 6, 16; en ce sens, WIRBEL, *op. cit.*, p. 63. Si nous rapprochons de ce texte celui où Cicéron déclare que Panurge lui appartenait en réalité à lui seul Roscius, car *quid enim Fanni? Corpus. Quid Rosci? Disciplina. Facies non erat, ars erat pretiosa*: 10, 28, ne faut-il pas voir dans cette idée de libéralité une conséquence de cette idée plus générale: Fannius n'avait en réalité presque rien

ble assez difficilement admissible (1), car Fannius a été pris par Roscius comme *cognitor* parce qu'ils étaient associés (2).

Il semble donc certain que l'action *pro socio* a pu être intentée, mais alors un fait indiscutable peut être déduit des textes : c'est que Roscius, poursuivi peut-être par cette action *pro socio*, défère au conseil officieux de son juge (3) et transige avec son adversaire. Il évite une condamnation et le scandale qu'elle n'aurait manqué de produire. Il intervient alors un compromis extra-judiciaire dont Pison avait été l'*arbiter sumptus ex compromisso* et c'est de cet accord dont Cicéron parlera en employant le terme de *pactio* (4). C'est à ce sujet qu'il compare l'arbitrage à l'action de droit strict : *quid est in iudicio? Directum, asperum, simplex si paret H S dari... quid est in arbitrio? Mite moderatum : quantum aequius et melius sit dari... quaero abste, quid ita... arbitrum sumpseris, quantum aequius et melius sit dari repro-mittique, sit pareat* (5).

On ne peut donc conclure de ces textes en faveur de

apporté; si Panurge a une grande valeur, c'est à Roscius qu'elle est due. En conséquence, si Roscius a promis 100.000 H S à Fannius, il ne les devait pas, car le corps de Panurge pouvait valoir tout au plus 4.000 H S : *Pro Roscio com.*, 29, et c'est en cela qu'il y aurait libéralité de la part de Roscius.

(1) En faveur de l'existence de l'action *pro socio* : PERNICE, *Parerga*, 3, p. 98 et s.; COSTA, *Cicerone giureconsulto*, p. 158; ORAZIONI DI DIRITTO PRIVATO DI M. TULLIO CICERONE, Bologna, 1899, p. 44-45; VON MAYR, *Die conditio des römischen Privatrechts*, Leipzig, 1901, p. 57-60; JOBBÉ-DUVAL, *Etudes sur la procédure*, I, 1896, p. 89, n. 1. Contre l'existence de l'action, en faveur de l'existence d'une instance arbitrale amiable à la suite d'un compromis : BARON, *Abhandlungen*, p. 139-148; PFLUEGER, *Pro Roscio comodo*, Leipzig, 1904, p. 121-123.

(2) Une difficulté subsiste cependant : les termes de la formule rapportés par Cicéron, *Pro Roscio com.*, 4, 11-12, ne concordent pas avec ce que l'on sait par ailleurs de la formule de l'a. *pro socio*. En ce sens, LENEL, *Edictum*³, p. 297.

(3) Pison intervient très nettement pour leur faire adopter une transaction : *Pro Roscio com.*, 13, 37 et 38.

(4) *Pro Roscio com.*, 4, 12 et 13; 9, 25 et 26.

(5) *Pro Roscio com.*, 4, 11-12.

l'existence d'une sanction particulière, accordée par le préteur aux associés, citoyens, antérieurement à la loi *Æbutia* (1). Tout au contraire on trouve un cas d'application du simple arbitrage, procédé qui devait être très fréquent dans ce domaine.

•

En effet il est certain que dans les premières réalisations de sociétés, les rapports des associés s'établissaient en dehors de toute règle juridique positive. Quoique constituées par un lien surtout moral, elles créaient entre les individus des intérêts distincts; de là devaient donc naître inévitablement des conflits; mais c'était à l'amitié à régler les intérêts, à les concilier, à écarter les contestations, à les résoudre à l'amiable. C'est alors que peut intervenir l'arbitrage sans caractère officiel, d'un homme de bien comme Pison, qui dira à chacun son droit et son devoir (2). De là découlaient des obligations simplement de conscience auxquelles la force ne manquait certainement pas et que l'on pouvait d'ailleurs renforcer par des stipulations pénales (3).

(1) Partant d'une théorie générale qui reconnaît au préteur le droit d'user de son *imperium* dès avant la loi *Æbutia*, même dans les actions entre citoyens, comme nous l'avons signalé plus haut, certains auteurs ont cru trouver dans la sanction sociale primitive un exemple d'*arbitrium honorarium*; ils s'appuient sur la difficulté provoquée par la formule que Cicéron rapporte et qui est relative à cette action sociale : *Pro Roscio com.*, 4, 11-12, et sur un certain nombre de textes où il qualifie d'*arbitrium* l'action qui régit la société : *Pro Quinctio*, 3, 13; *Pro Roscio com.*, 4, 11, 14, et surtout 5, 15 : *perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus*. En réalité Cicéron appelle les actions de bonne foi tantôt *arbitria ex fide bona*, tantôt *arbitria honoraria*, tantôt *iudicia sine lege*; en ce sens, GIRARD, *Z. S. S.*, t. 29, 1908, p. 157; LÉVY (E.), *Actiones arbitrarie*, *Z. S. S.*, 1915, t. 36, p. 11 et 12. En ce qui concerne la critique des *arbitria honoraria* : GIRARD, *Manuel*⁶, p. 992, n. 4; *Mélanges*, 1912, p. 71 et s.; p. 151 et s.; *Z. S. S.*, t. 29, 1908, p. 156 et s.; en ce sens, KRÜGER, *Histoire des sources*, 1912, p. 35, n. 12.

(2) *Pro Quinctio*, 3 : exemple d'arbitrage ordinaire.

(3) En ce sens, CÉQ, *Institutions*, I⁴, p. 488; GIRARD, *Manuel*⁶, p. 618-619.

Mais la *societas*, quoique contrat de bonne foi, ne pouvait-elle être sanctionnée en vertu de la loi, avec le concours d'un pouvoir susceptible d'assurer l'exécution de la condamnation (1)? Or sous les actions de la loi, le citoyen romain ne peut, relativement à une obligation qui le lie à un autre citoyen, user que de la procédure des *legis actiones*. Au contraire, dans tout rapport juridique où l'une des parties au moins est un étranger, le préteur pourrait intervenir en vertu de son *imperium* (2).

Une seule sanction apparaît possible, la *legis actio per sacramentum*. Comme la vente (3), il était possible, au VI^e siècle, que la société se formât par des stipulations réciproques (4).

Dans ses Institutes (5), Gaius rapporte le cas d'un pacte ou *pactio* à l'occasion de la constitution d'une société, et de même dans un discours contre Verrès, Cicéron montre deux sociétés, nulles il est vrai, mais que cependant les associés ont effectivement formées par des *sponsiones* : c'est P. Scandilius qui s'associe Apronius : *In Verr.*, 3, 58, 135 : *cum eodem Apronio postea P. Scandilius... eandem sponsionem de societate fecit*

(1) HUVELIN, *Mélanges Gérardin*, p. 319 à 354 a considéré la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* comme le chaînon intermédiaire entre la procédure des actions de la loi et la procédure formulaire. Mais, en réalité, malgré les lacunes importantes qui existent à son sujet dans les textes, on peut établir qu'elle n'était qu'une demande adressée au magistrat d'accorder un juge et ce juge devait procéder à une estimation et faire un règlement comme au cas de partage, de bornage : en ce sens, GIRARD, *Manuel*, 1005-1006; MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, p. 44, n. 11; WLASSAK, *Z. S. S.*, 25, 1904, p. 165, n. 3; SOHM, *Institutionem*, 16^e éd., 1920, p. 286, n. 5; COSTA, *Profilo storico del processo civile romane*, Roma, 1918, p. 65, n. 1; WLASSAK, v^o *Arbiter*, PAULY-WISSOWA, II¹, c. 408-11.

(2) En ce sens, GIRARD, *Manuel*⁶, p. 992; p. 992, n. 4; 1010, n. 3.

(3) En ce sens, GIRARD, *Manuel*⁶, p. 546, n. 4 et 6.

(4) En ce sens, GIRARD, *Manuel*⁶, p. 499-500; DESSERTAUX, *Capitis deminutio*, p. 216 à 229; BEKKER, *Aktionem*, p. 148.

(5) Gaius, 3, 149; *ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*.

quam Rubrius facere volerat. Ce sont Verrés et Apronius, *In Verr.*, 3, 62, 144 : *Attuli sponsiones ipso praesenti factas de decumarum societate ab ipso prohibitas judicari...*

Enfin Paul rapporte un autre exemple au titre *Pro socio* du Digeste, 71, *pr.*, il est l'objet d'une décision d'Alfenus Varrus, consul suffect en 715. Ce texte suppose une société faite entre deux professeurs grammairiens ; ils vont enseigner la grammaire et mettront en commun leurs revenus ; ils passent par écrit ce pacte de société et font une stipulation en ces termes : *haec quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari* (1)?

Peut-on agir encore *pro socio* après une telle promesse, en d'autres termes y a-t-il encore une société? Alfenus distingue précisément : l'action *pro socio* n'existe plus si les *socii* ont ainsi stipulé : *haec ita dari fieri spondes?* Comme les compilateurs le diront, il y a eu novation ; il n'y a plus une société, mais entre les coobligés il existe des obligations de droit strict nées d'une stipulation. Mais si au contraire, ils ont ainsi stipulé *si ea ita facta non essent, decem dari?* alors la société conclue subsiste, et l'action *pro socio* sanctionne les clauses du contrat, sauf celle qui concerne la *poena* (2).

Donc à cette époque où la société est déjà sanctionnée par une action de bonne foi, l'usage se perpétue de donner force juridique à la constitution de la société par des stipulations, ayant pour objet soit l'ensemble de la convention, soit une ou plusieurs clauses particulières déterminées. La formation d'une semblable coutume postérieurement à la loi *Æbutia* n'avait

(1) En ce sens, PERGAMENT, *Conventionalstrafe*, p. 83 et s.; KNIEP, *Gai Commentar.*, III, p. 320-321.

(2) Un exemple beaucoup plus tardif de 167 après J.-C., conservé dans une tryptique de Transylvanie, est relatif à une société de banquiers. L'acte écrit contient les clauses ; or, cet acte rapporte que les parties ont stipulé ces diverses clauses, cependant à cette époque l'action *pro socio* était reconnue universellement.

plus autant de raisons de s'établir. Elle répond au contraire aux besoins de cette époque qu'était le VI^e siècle de Rome et c'est peut-être ainsi que se formaient non seulement la société entre les *sponsor*es que consacre la loi Appuleia, mais aussi les grandes sociétés. Les clauses du pacte social seront variables; toutes ces clauses ou certaines seulement feront l'objet de la stipulation d'une *poena* (1); ou bien par une stipulation de l'ensemble des clauses, il s'assureront la possibilité d'une sanction au cas de dol (2).

(1) En ce sens, CUQ, *Institutions*, p. 581; il admet précisément qu'une stipulation peut intervenir entre les *socii*, par laquelle ils s'engagent à déférer leur contestation à un arbitre nommé par le juge; mais en réalité cet arbitrage prévu ne peut être qu'un arbitrage ordinaire et non un *arbitrium honorarium*. — Pour KNIPE, *Gai Commentar.*, III, p. 320 et s., partant de cet ensemble de textes, on pourrait se demander si réellement le contrat de société était alors un contrat consensuel. Pour lui on pourrait établir l'existence de deux formules de l'action *pro socio*, l'une de l'Edit sanctionnant le contrat consensuel et une autre plus ancienne que Cicéron aurait rapportée au *Pro Roscio com.*, 9, 25 et qui serait la sanction primitive de la communauté conclue par *pactio*.

(2) A l'époque primitive la *condictio furtiva* n'aurait-elle pas été donnée à l'associé contre celui qui aurait commis un véritable délit en trompant son associé et ami? L'action sociale aurait eu alors un caractère nettement pénal, comme on l'admettait pour le mandat (en ce sens, HUVELIN, DAREMBERG et SAGLIO, v^{is} *Obligatio, Negotiorum gestio*; WLASSAK, *Negotiorum gestio*, p. 62 à 84). Certains passages de Cicéron permettraient une telle hypothèse; en effet, avec son emphase coutumière il parle parfois de *crimen, de iudicium grave* en ce qui concerne le délit d'un associé : *Pro Roscio com.*, 9, 26; 25, 3, 7. Mais ces textes sont de peu d'importance, car la violence du discours poussait Cicéron à user de termes saisissants pour qualifier de simples actes illicites ou immoraux (en ce sens, HUVELIN, *Le furtum*, I, p. 459). La théorie n'est plus en conséquence qu'une simple conjecture. En faveur de cette sanction de caractère pénal : IEHRING, *De la faute en droit privé*, I, *Etudes complémentaires*, Paris, Marescq, 1880, p. 38; MAYR (R. von), *Röm. Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1912, I, 2, p. 78 à 80.

III

Le contrat de société au temps des jurisconsultes classiques.

CHAPITRE I

LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ ET LE MILIEU DES AFFAIRES SOUS LE PRINCIPAT

SOMMAIRE. — Les caractères de la vie économique à Rome sous le Principat. Le peu d'importance de la société; ses causes : de ce que le caractère rigoureusement personnel des droits et obligations entre associés entrave le développement possible de leurs sociétés; de ce que, en outre, l'emploi de nombreux esclaves pour le commerce maritime ou terrestre a peut-être rendu moins nécessaire pour le riche Romain le recours à des associés pour créer des organisations commerciales puissantes. — Les différentes formes de contrats de société reconnues par la coutume. Etudes particulières de la *societas omnium bonorum*, de sociétés entre époux, de la société universelle d'acquêts, des sociétés à but commercial.

L'intensité de la vie économique qui a caractérisé l'époque de la fin de la République ne pouvait que s'accroître aux premiers siècles du Principat. Cependant les conséquences du régime nouveau sont singulières : les grandes sociétés de publicains vont peu à peu disparaître; l'Etat prend une importance nouvelle et par les effets d'une réglementation excessive son activité administrative absorbe le domaine où s'exerçaient les activités particulières.

Le commerce est toujours l'objet de la défaveur ancienne, car au début du Principat, Sénèque disait encore que les Romains ne plaçaient pas au rang des arts honnêtes, un art dont la seule recherche était celle de l'argent (1). En fait le commerce est

(1) Sénèque, *Ep.*, 88. Le dédain pour le commerce ordinaire subsiste tou-

grandement favorisé; Auguste assure aux transactions commerciales la paix et la sécurité. Le goût du luxe se généralise dans toutes les classes sociales. Aussi pendant les trois premiers siècles après J.-C., le trafic avec le monde entier est intense à Rome. Mais ce qui caractérise ce commerce, c'est qu'il est en majeure partie un commerce d'importation. Rome n'est qu'un centre de consommation, et la Cité apparaît comme le marché commercial où viennent affluer les bénéfices réalisés dans l'immense mouvement des affaires.

De ce fait, la prospérité des provinces est certaine. Dans le port d'Ostie, les armateurs avaient construit des magasins très vastes destinés à servir d'entrepôts à toutes les denrées expédiées de l'étranger (1) : Marseille et Narbonne sont riches et florissantes.

On pourrait donc supposer que la société en tant que mode d'organisation des rapports de commerçants à commerçants, a pu s'adapter à des besoins certainement existants et prendre une extension comparable à celle que nous lui avons reconnue dans les sociétés de publicains (2).

*

En fait les textes n'offrent d'exemples que de sociétés d'importance très limitée, dont le but économique est très variable et ne contenant parfois même aucune recherche de bénéfices proprement dits.

Il est certain que les documents juridiques relatifs aux orga-

jours à Rome : Juvénal, XIV, 200; Pline l'Ancien, *Hist. nat.*, XVIII, 225; une autre preuve résulte du fait que le maître va souvent s'effacer derrière l'esclave; il recueille les profits, mais la honte rejait sur l'esclave.

(1) En ce sens, BOISSIER, *Promenades archéologiques, Rome et Pompéi*, 8^e éd., p. 284, 293, 296. On croit pouvoir reconnaître à Rome la formation de grandes entreprises de transport possédant de véritables docks et des maisons de dépôts. On soupçonne même l'existence des assurances maritimes : en ce sens, PLATON, *Les banquiers dans la législation de Justinien*, N. R. H., 1909, p. 7.

(2) En ce sens, MOMMSEN, *Histoire romaine*, liv. 3, chap. 12.

nisations commerciales sont rares : ce qui tient, soit au fait de cette vie intense que mille formes revêtaient et qui ne pouvaient qu'échapper à l'analyse du juriste, soit surtout à ce fait que depuis les débuts de l'Empire, tout le domaine du grand commerce était soumis à la *cognitio extraordinaria* des hauts fonctionnaires. Le *praefectus urbis* et les édiles connaissaient toutes les affaires industrielles ; les affaires de finances semblent ressortir, soit au tribunal du préfet de l'annone, soit à celui du préfet de la ville (1). Les questions des grandes banques et du trafic commercial échappent donc à nos livres de droit civil et prétorien et de ce fait à toute étude.

Mais même si par la multiplicité et l'importance des actes accomplis par les banquiers ou par les armateurs, on peut soupçonner la grandeur de leurs organisations commerciales, toutefois le contrat de société, avec ses règles si peu pratiques, ne semble pas avoir joué un rôle économique très remarquable. En effet, d'une manière générale, on ne doit pas aux Romains un grand développement original des techniques et institutions économiques (2). En ce qui concerne la société, cela tient principalement à deux raisons : la nature du contrat de société lui-même et l'influence de l'esclavage (3).

Le contrat de société restera un contrat dont les obligations entre les parties seront toujours personnelles et secrètes. Les nécessités du crédit, l'intérêt des tiers ne sont pas pris en considération. En effet, si un associé achète ou loue un bien commun, ils s'engagera seul à l'égard du vendeur ou du locataire ; seul il répondra de l'action du contrat et seul il pourra agir contre

(1) En ce sens, MITTEIS, *Trapezitika*, Z. S. S., 19, 1898, p. 198 et s. ; PLATON, *Les banquiers dans la législation de Justinien*, N. R. H., 1909, p. 7 et s.

(2) En ce sens, GOUNARD, *Histoire des doctrines économiques*, t. I, p. 39.

(3) Il ne faudrait cependant pas conclure que tout devait se faire par des esclaves, car du point de vue économique, la main-d'œuvre libre ne fut jamais gênée sérieusement par la main-d'œuvre servile, tout au moins sous la République. En ce sens, FOWLER (W.), *Vie sociale à Rome au temps de Cicéron*, trad. Biaudet, Payot, Paris, 1917, p. 41 ; p. 173.

ses coassociés pour obtenir ce qu'il a payé en plus de sa part. Pratiquement toutefois les Romains durent créer dans les rapports entre associés cette solidarité nécessaire à la protection des tiers. En particulier un tel résultat devait être atteint en utilisant, comme intermédiaires, les esclaves communs(1). Les associés s'engageaient ainsi solidairement, en leur accordant la gestion d'un pécule, ou en les plaçant comme *magister navis*, ou *institor*, ou administrateur d'une entreprise toute montée. La nécessité de semblables combinaisons devenait d'ailleurs pressante du jour où les Romains étendirent leur action en des pays lointains et relativement à des opérations très diverses (2).

Mais si l'esclavage devait, en quelque sorte, aider les associés et rendre ainsi plus pratique le contrat de société, certainement il devait aussi, dans une certaine mesure, en entraver le développement normal. En effet le riche Romain propriétaire de nombreux esclaves, trouvait en eux le moyen d'assurer facilement l'organisation, la marche d'entreprises nombreuses et puissantes. Il lui était donc fréquemment inutile de s'assurer le concours d'associés. Le contrat de société devenait ainsi surtout nécessaire dans l'organisation d'entreprises d'importance moyenne (3).

(1) En ce sens, PAUL-LOUIS, *Le travail dans le monde antique*, 1912, p. 168; CICCIOITI, *Le déclin de l'esclavage antique*, traduct. G. Platon, Rivière, Paris, 1910, p. 237 et s.; CAGNAT, DAREMBERG et SAGLIO, III^e, v^o *Mercator*.

(2) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, I, p. 112. La plus ancienne citation relative à l'action *institoria* est de Servius Sulpicius, ami de Cicéron : elle est donc au moins de 44 avant J.-C. : D. 14, 3, 5, 1; en ce sens, KRUEGER, *Histoire des sources*. De plus l'action *exercitoria* lui est certainement antérieure, car dans l'album, d'après les édits relatifs à ces actions, l'action *exercitoria* est étudiée avant l'action *institoria* : ordre illogique, car on aurait dû placer, surtout au cas d'une réglementation, le cas le plus général, celui de l'*institor*, en tête : il y a donc une raison historique. En ce sens, GIRARD, *Manuel* ⁶, p. 679, n. 2; p. 680, n. 1 et 2.

(3) Cette influence de l'esclavage dans le développement général du contrat de société ne peut toutefois être déduite que de l'importance des



Bien que la société, étant donnée surtout l'importance de l'esclavage, n'a pu avoir à Rome que des applications en nombre assez limité, toutefois les textes juridiques en donnent quelques rares exemples.

La loi offrait aux activités des citoyens certaines formes plus communément adoptées, mais il ne faut pas perdre de vue que le pacte social qu'ils ne manqueront pas d'établir entre eux leur permet d'adapter par ses différentes clauses leur société à leurs situations particulières. D'une manière générale les formes les plus variées peuvent être adoptées par les futurs associés : Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 5, *pr.* : *societates contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius.*

Les associés mettent en commun toute leur fortune présente et à venir pour vivre d'une vie commune totale : c'est la société universelle de tous biens. La plupart des exemples se rapportent à des sociétés entre frères : leur conformité de besoins, leur communauté de sentiments unies à ce lien de parenté qui par lui-même ne pouvait cependant les unir ainsi, les entraînaient à cette vie commune. Que fréquemment ils ne poursuivent alors qu'une communauté déjà existante au sein de la famille, la chose en soi est normale, cependant la rupture de ce lien par la mort du *paterfamilias* ne pouvait que les désunir sous l'effet même des règles successorales. Leur volonté seule de reformer cette communauté assurait une vie

esclaves à Rome sous le Principat : importance que l'histoire de l'esclavage nous indique nettement. Mais l'activité des esclaves dans le domaine du commerce apparaît indéniable du fait de l'existence de très nombreux textes, au Digeste notamment, réglant la situation d'esclaves commerçants, communs à plusieurs associés ou propres à un seul individu ; voir en particulier, plus loin, les rapports des associés avec les tiers.

juridique nouvelle, fondée maintenant sur des règles d'origine contractuelle. Toutefois la distinction entre une société effective et une simple situation indivise ne peut être toujours nettement établie et certains de ces cas ont pu être fréquemment envisagés comme des vestiges de l'ancien *consortium inter fratres*. Au II^e siècle, Scaevola, qui vivait sous Marc-Aurèle, mentionne la situation de deux frères associés de tous biens : Scaevola, *lib. 2 responsorum*, D., 26, 7, *De administratione et de periculo tutorum*, 47, 6 : *altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto* (1). Au III^e siècle, Papinien parle d'une communauté de biens entre frères, mais l'envisage comme étant sanctionnée par le *iudicium societatis*, ce qui permet de définir cette situation, qu'il qualifie d'ailleurs de *consortium voluntarium*, comme étant une *societas omnium bonorum* (2). Ulpien enfin signale un exemple de condition mise par un testateur à l'acceptation de sa succession par ses héritiers : ils devront au préalable mettre la masse héréditaire en société et rester associés pendant seize ans (3).

(1) Scaevola, *lib. 1 responsorum*, D., 10, 2, *Familiae erciscundae*, 39, 3 : *Filius rei publicae debita, quae post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hereditaria reputare non potest, si non in omnibus socii essent, licet hereditatem paternam communem haberent et pater pro altero filio in patria magistratu functus decessit.*

(2) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 8 : *Idem Papinianus eodem libro ait, si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit et stipendia ceteraque salaria in commune redigi iudicio societatis, quamvis filius emancipatus haec non cogatur conferra fratri, inquit, in potestate manenti, quia et si in potestate maneret, praecipua ea haberet.*

(3) Ulpien, *lib. 8 Sabinum*, D., 28, 7, *De condicionibus institutionum*, 4, pr. : *Si qui ita sint instituti : « si socii una bonorum meorum permanserint usque ad annos sedecim, heredes sunt »*. Certains textes sont matière à discussion : Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, 17, 2, *Pro socio*, 52, 6 : *Papinianus quoque libro tertio responsorum ait : si fratres parentum in divisas hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune non redigetur*. Papinien suppose que des frères ont formé une société avec les biens de leurs parents et décident que ce qu'ils acquerront d'autre part leur sera propre. Rien ne prouve qu'il s'agisse d'une *societas omnium bonorum*, car ici les frères n'ont mis en commun que le patrimoine de leur père : *ut*

Les époux vivant par le fait du mariage, en commun, pouvaient-ils organiser leurs rapports patrimoniaux en formant entre eux des sociétés universelles? Que le mariage crée une communauté profonde de sentiments, Plaute l'avait déjà montré, car il était pour lui une association où les sentiments de fidélité réciproque devaient dominer : une femme se félicite d'être la *socia* de son époux (1). Mais un document de l'époque d'Auguste va permettre de reconnaître l'existence d'une société universelle : l'éloge funèbre de Turia (2). Les époux ont mis en commun leurs deux patrimoines; Turia, vraiment confiante en son mari, lui a laissé la gestion de tous les biens que ses parents lui avaient remis. Tous leurs acquêts étaient communs et dans une certaine mesure même, si son époux avait la gestion de ses biens, elle, Turia, avait aussi la garde des biens de son mari (3). Or Turia étant stérile, avait proposé à son mari de divorcer, renonçant même à reprendre son patrimoine et à séparer ce qui avait été confondu jusqu'à ce jour (4). Turia même divorcée serait restée près de son

in his commune sentirent. C'est donc une société particulière, car les acquêts autres que ceux *ex causa hereditatis* devraient profiter à la société. Enfin d'autres textes, comme Paul, *lib. 6 quaestionum*, D., 27, 1, 31, 4, où il parle de *fratres consortes*, ou Scaevola, D., 31, 89, 4 et Modestin, D., 3, 5, 26 (27), sont relatifs à des situations où des biens sont indivis entre des frères, sans que l'on ne puisse assurer si l'indivision est un *consortium voluntarium* ou non. A ce sujet, voir la théorie qui veut faire dériver la *societas* du *consortium*, p. 14, n. 1.

(1) Plaute, *Stich.*, I, 2, vv. 43-4 : *pudicitia est, pater. Eos nos magnificare, qui nos socias sumpserunt sibi*.

(2) *Laudatio quae dicitur Turiae*, 746-752 : BRUNS, *Textes*, n° 126; GIRARD, *Textes* ⁵, n° 8, p. 817 et s.

(3) *Laudatio*, I, 37 à 40 : *Omne tuum patrimonium acceptum ab parentibus communi diligentia conservavimus : neque enim erat adquirendi tibi cura, quod totum mihi tradisti. Officia ita partiti sumus, ut ego tutelam tuae fortunae gererem tu meae custodiam sustineres*.

(4) *Laudatio*, II, 32 à 39 : *de divertio elocuta es vocuamque domum alterius fecunditati te tradituram, non alia mente nisi ut concordia nostra tu ipsa mihi dignam condicionem quaereres pararesque, ac futuros liberos te communes proque tuis habituram adfinares, neque patrimonii nostri, quod*

époux et laissant non seulement tous ses biens en commun, elle aurait contribué par son travail et par ses soins à la prospérité commune. Turia n'avait donc pas apporté une simple dot, mais confondu son patrimoine tout entier avec celui de son époux. De tels rapports permettent de reconnaître l'existence d'une *societas o. b.* entre Turia et son mari; d'ailleurs Scaevola parle d'une de ces sociétés qui avait duré quarante ans : Scaevola, *lib. 18 digestorum*, D., 34, 1, *De aliment.*, 16, 3 : *qui societatem omnium bonorum suorum cum uxore sua per annos amplius quadraginta habuit...* Des époux pouvaient donc s'associer entre eux et adopter une forme quelconque de société (1).

Il reste en dernier lieu à signaler l'existence d'une société entre une mère et sa fille et rapportée par Scaevola, *lib. 21 digestorum* (2).

•

Dans la société de tous biens, les apports se font en pleine propriété; mais dans la *societas universorum quae ex quaestu veniunt*, les biens qui vont tomber en communauté ne sont que les produits de l'industrie de chacun des associés. Aucun bien n'est mis dès le début en commun, chacun garde la propriété et la jouissance des biens qu'il pourrait avoir à la conclusion de la société : l'actif social est nul. Les textes en préciseront les règles, mais ne nous révèlent aucune application

adhuc fuerat commune, separationem facturam, sed in eodem arbitrio meo id et, si vellem, tuo ministerio futurum.

(1) Ulpien, *lib. 33 ad Sabinum*, D., 24, 1, *De donat. int. vir. et ux.*, 32, 24 : *Si inter virum et uxorem societatis donationis causa contracta sit, iure vulgato nulla est... ideoque igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros et propter hoc nec inter virum et uxorem.* Ulpien signale la possibilité d'une société entre époux sans préciser ni son étendue, ni sa nature; rien ne s'opposait à ce que les époux adoptent une forme différente de celle de la *societas o. b.* : il suffit qu'elle ne soit pas faite *donationis causa*.

(2) D., 36, 1, *Ad Senatus Consultum Trebellanum*, 80 (78), 8.

pratique autre que les exemples plus anciens rapportés par Paul, mais propres à Alfenus (1).

La vie commerciale, la recherche de bénéfices ou le fait d'une simple situation particulière comme celle résultant d'un simple voisinage, devaient entraîner les parties à la formation de sociétés où l'on recherche les avantages provenant soit de l'exercice d'une activité commune, soit de l'exploitation d'un seul bien. Ces formes sociales pouvaient naturellement être utilisées dans de nombreux cas pratiques.

Ce sont des marchands d'esclaves ou de sayons qui s'associent : D., 21, 1, 44, 1. Deux propriétaires de chevaux s'unissent pour former un quadriga et le vendre : 17, 2, 58, *pr.* ; le possesseur d'une perle fine profite pour la vendre des qualités de commerçant d'un individu qu'il prend comme associé : 17, 2, 44. En province se retrouvent les sociétés formées pour l'exploitation de mines ; soumises directement à la réglementation administrative, elles revêtent le plus souvent une forme spéciale. La Table de Vipasca a permis d'établir ainsi l'existence d'une société minière sous le règne d'Hadrien, 117-128 après J.-C. (2), qui n'a ni la forme d'une société corporative, ni celle d'une simple *societas conductorum* : c'est une société d'une espèce particulière (3).

Les sociétés de publicains apparaissent encore, mais rarement, sous la forme corporative : D., 28, 5, 60 (59), 1 ; 39, 4, 3, 1 ; 39, 34, 9, 4. Les sociétés de banquiers sont à peine signalées, au titre *De pactis*, 2, 17, au fragment 27, *pr.* et au titre *Pro socio*, 52, 5.

Enfin, du très grand nombre de textes qui s'attachent à régler les rapports entre copropriétaires d'un même esclave, on peut naturellement déduire l'existence possible d'un grand

(1) Voir, époque de Cicéron, p. 60.

(2) En ce sens, CUQ, *Un règlement administratif sur l'exploitation des mines*, 1907, p. 5 ; GIRARD, *Textes* ², n° 112, p. 384 et s.

(3) D., 39, 4, 9, 4 ; 17, 2, 65, 15. En ce sens, CUQ, *op. cit.*, p. 29.

nombre de sociétés dont un esclave au moins est l'objet (1). L'esclave sera ordinairement l'administrateur d'un pécule que ses copropriétaires lui ont confié, ainsi que le rapporte Gaius, *lib. 9 ad edictum provinciale*, D., 15, 1, *De peculio*, 27, 8; ou bien la société a pour objet le commerce de marchandises confiées à l'esclave d'autrui : Paul, *lib. 4 ad Plautium*, D., 18, 3, *De institoria actione*, 14.

(1) De nombreux textes ont trait à des situations qui existent entre des individus par le fait qu'ils avaient un esclave commun, sans que l'on puisse distinguer d'ailleurs les cas d'esclaves appartenant à des associés et ceux d'esclaves appartenant à des copropriétaires quelconques : nous ne pouvons signaler que quelques exemples : D., 7, 2, 1, 2; 8, 3, 19; 9, 4, 8; 10, 3, 6, 2; 9; 27; 11, 3, 9, *pr.*; 28, 5, 90 (89); 7, *pr.* et 1; 8, *pr.* et 1; 29, 2, 66; 67; 33, 5, 11; 39, 5, 13; 39, 3, 11, 2; 40, 4, 48; 40, 7, 13, 1; 40, 2, 6; 41, 1, 37, 1; 63, 1 et 2; 41, 1, 45; 45, 3, 9, 1; 45, 3, 7, 1; 45, 3, 18, *pr.*; 47, 6, 5; 47, 10, 17, 9; 48, 10, 14, 1; 48, 18, 17, 2.

CHAPITRE II

LA FORMATION D'UNE SOCIÉTÉ

I. — *Le contrat consensuel de société.*

SOMMAIRE. — La société est un contrat consensuel ; l'importance particulière de la bonne foi. — L'engagement de faire un apport : apport en pleine propriété ou en jouissance. — L'apport en industrie : évolution historique des règles assurant la combinaison des apports en capital et en industrie dans un même contrat. — L'exécution de l'obligation de faire un apport ; exceptionnellement, l'associé de tous biens exécute son apport sans transfert. Les risques entre associés dans l'intervalle entre la formation du contrat et l'exécution des apports. — Les associés ont coutume d'établir un pacte social. Examen de ces clauses, notamment en ce qui concerne la détermination des règles du partage.

Le contrat de société est un contrat consensuel de bonne foi par lequel plusieurs personnes déterminées s'engagent, en vue d'un avantage commun et réciproque, à former, par leurs apports respectifs, une communauté de biens ou d'acquêts.

La *societas* est d'une part un contrat consensuel sans forme (1) : Modestin, *lib. 3 regularum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 4, *pr.* : *societatem coire et re et verbis et per nuntium posse*

(1) Gaius, *lib. 3 institutionum*, D., 44, 7, *De obligationibus et actionibus*, 2, *pr.* : *Consensu fiunt obligationes in... societatibus*. En ce qui concerne la capacité de contracter, la société est un contrat de droit des gens : il est donc accessible aux pérégrins comme aux citoyens. Les fils de famille pouvaient être associés au même titre qu'ils pouvaient figurer dans d'autres contrats. Quant aux femmes, rien ne faisait obstacle à leur capacité ; cepen-

non dubium non est. Il n'est pas douteux que la société puisse être formée entre présents par des paroles manifestant leur accord, ou entre absents par des représentants. Cependant dans certains cas, il semble que la société puisse être formée tacitement, *re*, c'est-à-dire que le consentement peut résulter d'une opération commencée en commun, c'est ce qui est le cas de la société formée entre les associés survivants et qui, en poursuivant les opérations communes, se trouvent par ce seul fait avoir suffisamment manifesté leur intention de former une nouvelle société : Pomponius, *lib. 13 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 37 : *Plane si hi, qui sociis heredes exstiterint, animum inierint societatis in hereditate, novo consensu quod postea gesserint efficitur ut in pro socio actionem deducatur* (1).

La *societas* est d'autre part un contrat de bonne foi; mais il

dant il semble qu'elles ne pouvaient faire partie de sociétés de publicains : Paul, *lib. 1 decretorum*, D., 49, 14, *De iure fisci*, 47, *pr.* Au cas d'incapacité d'un des membres, les règles générales s'appliquent : si un mineur a été trompé : Ulpien, *lib. 11 ad edictum*, D., 4, 4, *De minoribus XXV annis*, 16, 1 : *Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit... nullam esse societatem nec inter maiores quidem et ideo cessare partes praetoris : idem et Ofilius respondit : satis enim ipso iure numitus est.* En ce sens, GIRARD, *Manuel*⁶, p. 474. Au cas d'*error in corpore*, la société comme tout autre contrat est frappée de nullité : Pomponius, *lib. 36 ad Quintum Mucium*, D., 44, 7, *De obligatio. et actionibus*, 57 : *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit... nihil valet quod acti sit et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu constituit.* En ce sens, GIRARD, *Manuel*⁶, p. 469; de même : Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 33 : *et ideo societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur, attamen communiter gesto tenetur.*

(1) Le caractère réel du contrat de société primitif a pu paraître indiscutable à certains auteurs, notamment à BECHMANN, *Kauf*, I, p. 485 et s. En réalité le caractère consensuel de la *societas* peut être reconnu très nettement dans les premières réalisations de ce contrat; en effet, bien que dans tous les cas, la *societas omnium bonorum* ait exigé la formation d'une communauté de biens entre les associés, la *fides* venait, dès les origines, régler tous leurs rapports sociaux. En ce sens PERNICE, *Parerga*, 9, p. 232-237.

exige toutefois une confiance plus absolue, plus forte que dans toute autre convention. La vie sociale devra en être toute pénétrée comme doivent l'être les rapports de ceux qui autrefois étaient toujours des amis; à l'existence de la société, elle apparaît comme rigoureusement nécessaire; en son absence le contrat ne peut être que nul de plein droit : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 3, 3 : *societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo*.

Les complices d'un acte immoral et illicite ne peuvent user pour régler leurs rapports d'une forme juridique ainsi pénétrée de confiance et de respect à la parole donnée. La nullité absolue résulte du fait que le vice affecte et détruit même le consentement (1). Cela entraîne toutefois à admettre une grave exception au principe qui veut qu'au cas de dol, la convention soit simplement annulable au gré de la partie qui a souffert du dol (2) : il faut cependant la reconnaître dans ce cas particulier.

Dans ce même texte, par l'expression *fraudandi causa*, Paul marque, au contraire, une idée de but frauduleux poursuivi par les parties; c'est la nature du but économique pris en considération par les associés qui provoque alors la nullité et non plus la nature du consentement. Le rapprochement dans ce même texte de ces deux causes de nullité absolue de la *societas* ne provoque par lui-même aucune difficulté, car leur distinction découle assez nettement de leurs définitions respectives : vice du consentement entraînant son absence totale et vice relatif au but économique poursuivi par les parties. Cette dernière cause de nullité trouve d'ailleurs son fondement, elle aussi, dans le caractère de bonne foi du contrat, cependant cette recherche de l'intention des parties de

(1) Les termes de *dolo malo* sont à prendre ici dans un sens étroit : en ce sens, HEUMANN-SECKELL, v° *Dolus*.

(2) En ce sens, GIRARD, *Manuel*⁶, p. 471-472.

cette analyse du consentement ne sont pas sans surprendre, même à cette époque (1).



De l'accord des associés vont naître des obligations multiples : leur exécution successive durant une période déterminée ou non va permettre de poursuivre le but social pris en considération. Les associés recherchent soit la formation d'une communauté de biens sur laquelle s'exercera leur activité commune, soit la formation d'une simple communauté d'acquêts que la vie commune permettra de réaliser. Les deux formes devaient d'ailleurs se combiner pour s'adapter aux diverses situations. Dans tous les cas, les associés devront s'engager à faire au moins un apport : apport en propriété, en jouissance ou en industrie. Cependant l'élément constitutif n'est pas l'apport lui-même, mais la promesse de faire un apport. Sa réalisation est exigée, non pas pour la formation du contrat social, mais pour l'exécution du contrat ; l'action *pro socio* en sera la sanction.

Meuble ou immeuble, chose de genre ou corps incertain, l'apport en pleine propriété est très variable suivant l'activité commune que les associés veulent poursuivre, mais il doit être en argent ou appréciable en argent. Il peut être universel ou limité à un objet déterminé. Dans la *societas o. b.*, les associés font l'apport de toute leur fortune : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 1, 1 : *in societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur*. Un associé aurait d'ailleurs pu faire l'apport d'une part seulement de toute sa fortune présente au moment de la formation du contrat, ou d'un seul bien déterminé comme dans la *societas unius rei*.

Les apports devaient-ils être égaux pour tous les associés :

(1) Voir l'*affectio societatis*, p. 140 et s.

on pourrait admettre une telle règle, semble-t-il, pour une période assez ancienne (1), car Q. Mucius Scaevola ne pouvait envisager comme possible une société où les parts de chaque associé dans les gains ou les pertes n'étaient pas égales, à moins de clauses spéciales contenues dans le pacte social. Or un tel principe ne pouvait être maintenu que parce qu'il supposait une équivalence presque certaine entre les apports des associés. L'équité et la bonne foi exigeaient que dès que les apports n'étaient plus égaux, l'obligation de l'égalité cessât dans les différents règlements entre associés (2).

L'associé, propriétaire d'un bien, pouvait s'engager simplement à procurer la jouissance de ce bien à ses associés, c'est-à-dire à leur laisser percevoir les fruits. Au moment où l'un des associés en fera la perception, où il prendra possession de ces fruits, du consentement du propriétaire, ils deviendront l'objet du droit de copropriété de chacun des associés, et une tradition sera nécessaire.

Un tel apport permettait de répondre aux besoins nouveaux du commerce, car il permet d'associer pour une satisfaction commune le propriétaire d'un bien et le travailleur qui en assurera la mise en valeur; de même qu'il rendra possible le groupement de capitalistes de fortunes inégales; car les revenus et acquêts issus de ces biens seront seuls mis en communauté.

Gaius, III, 149, pose le principe : *ut unus conferat alter non conferat, saepe enim opera alicuius pro pecunia valet*. Pour Gaius, un associé qui fournit le produit de son travail est un véritable associé, titulaire des mêmes droits que l'associé dont l'apport se fait en capital ou en jouissance (3). Le premier

(1) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 657.

(2) Voir, plus loin, le pacte social, p. 130 et s.

(3) KNIEP, *Gai Commentar.*, p. 323 à 325, considère que le fait d'avoir admis le travail comme susceptible d'être équivalent à un apport en argent, marque un profond changement dans la conception romaine du contrat

exemple d'application certaine en est la société universelle d'acquêts : des associés propriétaires ou non de biens qui leur sont et leur resteront propres, vont uniquement mettre en communauté le produit de leurs travaux : les avantages communs résulteront de la formation d'une communauté de biens où tombe le produit du travail de chacun : Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 8 : *quaestus enim intellegitur, qui ex opera cuius descendit*. Cette société existait au moins dès la fin de la République. Les difficultés pratiques, qui seules pouvaient alors surgir, ne provenaient non pas de la reconnaissance de la validité de plusieurs de ces apports, mais des conséquences résultant de la combinaison de l'apport en pleine propriété d'un bien par un associé et d'un apport en industrie par un autre associé.

Une évolution remarquable a dû se poursuivre, aboutissant aux formules nouvelles de Gaius et d'Ulpien ; l'esprit capitaliste allait naturellement s'opposer aux effets qui normalement devaient se déduire de l'application des règles ordinaires.

Ce développement a abouti au moins dès l'époque de Julien. En principe, les associés apporteurs de biens en pleine propriété voient leurs biens tomber en copropriété ; aussi ce n'est pas sans difficultés que l'on admettra la possibilité de ne pas former cette communauté de biens ordinaire. La question n'était pas encore résolue très nettement au III^e siècle, car des traces de ces modifications nécessaires subsistent encore au Code, au titre *Pro socio*, 4, 37, 1, dans une décision de Dioclétien et de Maximien, de 293 après J.-C. : *societatem uno pecuniam conferente alio operam posse contrahi magis obtinuit*.

Il est certain que c'était tout à fait contraire à l'esprit capitaliste que d'admettre un associé qui ne fournit que son travail, comme copropriétaire d'un bien apporté par son autre

de société. La société serait seulement devenue un contrat consensuel sans forme ; alors qu'antérieurement pour former la communauté de biens les associés devaient passer entre eux un pacte ou *pactio*.

associé; car de cette manière l'associé travailleur recevait en partage une part de capital. D'où de sérieuses difficultés qui ne purent être résolues que par l'extension à l'idée de société d'une communauté dont les associés n'auraient qu'un droit d'usage sur les biens communs et non plus une idée de communauté dont les membres étaient copropriétaires. L'associé qui faisait un apport en pleine propriété à la société doit rester seul propriétaire de son bien et l'associé dont le travail était le seul apport n'obtiendra que le seul usage des choses : les biens n'en restent pas moins communs. Dans le *Pro Roscio comoedo*, la discussion entre Cicéron et Saturius au sujet de la nature des droits de Roscius sur l'esclave Panurge, permet de reconnaître déjà l'existence d'une règle qui devait se généraliser seulement plus tard.

Or Julien pose déjà le principe : si je te donne, dit-il, un enfant à élever ou un troupeau à engraisser, ou un enfant à nourrir, à condition qu'après un certain nombre d'années nous en mettions le prix en commun, cela diffère de l'exemple précédent, car ici, en tant que propriétaire, je ne cesse pas d'être ce que j'étais avant et c'est pourquoi l'action *pro socio* s'appliquera ici (1). Le *puerum docendum* est le cas du *pro Roscio comoedo*; or il n'est plus indispensable que l'enfant ou l'esclave soit *communis* avec droit de propriété pour chaque associé, il suffit qu'il soit l'objet de l'activité commune de tous.

Mais une telle évolution ne pouvait se réaliser totalement tant que l'on n'avait pas admis l'équivalence dans leur valeur du capital et du travail. Roscius a fourni un travail d'un ordre plutôt élevé en formant Panurge au métier de comédien; mais comment admettre que le simple travailleur, pâtre ou ouvrier

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 19, 5, *De prescriptis verbis*, 13, 1 : *Iulianus libro undecimo digestorum scribit... si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dederò vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorretere hæc ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit : competit igitur pro socio actio.*

agricole ait pu prétendre par son seul travail se placer au même rang que le propriétaire du troupeau ou des terres.

Cependant, dès Julien, la chose était possible, et pour Celse la *politio* est une société : par ses connaissances comme par son travail, le *politor* fait un apport qui peut égaler les revenus du capital de son coassocié ; il en résulte même une augmentation de valeur de la chose qui pourrait justifier le partage de propriété des biens sociaux. Comme dit Celse : *pretium enim operae artis est velamentum (emolumentum)* (1).

Les conséquences de cette évolution devaient être nombreuses ; car cette situation particulière de l'associé dont le travail est le seul apport sera peut-être pour lui la source d'une responsabilité plus forte. De plus, en mettant sur un pied d'égalité l'apport en industrie et l'apport en capital, les règles assurant la répartition des parts des associés ou les impenses devront être modifiées ; dans de semblables sociétés, il ne sera plus possible de maintenir l'égalité de la valeur apportée. Des clauses spéciales devront dans la convention fixer les parts incombant à chacun suivant la valeur de son apport ; une liberté plus grande devra donc être laissée aux futurs associés,

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 2 : *si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est : pretium enim operae artis est velamentum*. L'établissement du dernier membre de phrase de ce texte donne lieu à de grosses difficultés : pour KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 658, n. 1, il faut lire *emolumentum* au lieu de *velamentum*, car ce texte a été très certainement altéré par la faute d'un copiste. Les compilateurs doivent d'ailleurs avoir eu un texte déjà modifié, car dans les *Basiliques*, 12, 1, 50, HEIMBACH, I, 750, ils traduisent *velamentum* par εὐπρετὴς ἐστὶ καλύμμα; or *velamentum* n'a aucun sens, alors qu'*emolumentum* en fournit un suffisamment admissible : le prix des *opera* ou *ars* est le revenu naturel que doit fournir celui qui fait l'apport de son travail ou de son art : en ce sens, PERNICE, *Z. S. S.*, *Parerga*, p. 62, qui, tout en n'adoptant pas ce terme d'*emolumentum*, admet nettement l'altération du texte. En ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 14, n. 62.

car l'équité exige que l'on prenne en considération l'apport plus considérable que l'un d'eux ferait, soit en argent, soit par son travail : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 29, *pr.* : *si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.*

Les associés, libres d'apporter à la communauté des biens de natures très diverses, ne pouvaient cependant faire participer leurs associés aux revenus d'un bien acquis d'une manière prohibée; la coutume et les lois s'y opposaient. La règle légale ne venait d'ailleurs que consacrer un principe imposé par la nature du contrat de bonne foi (1). C'est pourquoi on ne peut mettre en commun le produit d'une fraude; d'ailleurs les autres associés, inversement, ne participeraient pas aux frais qu'occasionnerait l'acte frauduleux d'un associé (2).

En définitive, la réalisation d'un apport s'impose à tout associé. Que l'un d'entre eux n'accomplisse pas au moins un apport en industrie, on ne pourra admettre en ce cas l'existence d'une société. Il y aurait tout au plus donation au profit de cet associé, si d'ailleurs les conditions de forme et de fonds des donations ont été observées; cependant toute donation faite sous le couvert d'un contrat de société, alors qu'elle en est le seul objet, vicie la nature de la société, au point d'en entraîner normalement la nullité (3). Cette solution rigoureuse

(1) Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., *h. t.*, 52, 17 : *Ibidem ait socium omnium bonorum non cogi conferre, quae ex prohibitis causis adquisierit.*

(2) Ulpien, *lib. 36 ad edictum*, D., 27, 3, *De tutelae*, 1, 14 : *nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio iusta damni ex maleficio est.*

(3) Ulpien, *lib. 34 ad edictum*, D., 17, 21, *Pro socio*, 5, 1 : *Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera (operas) suppleat, quantum ei per*

doit trouver sa raison dans la nature consensuelle du contrat de société; le contrat n'a pas pu en effet prendre naissance, car le but recherché par les parties s'oppose à l'idée même de société; toute idée de collaboration, de vie commune ou de communauté de biens sont absentes d'un tel contrat.

*

Sans une exécution effective des apports, la société ne peut fonctionner, ni atteindre son but. La réalisation sera variable suivant que l'apport sera ou un droit qui réside au jour de la convention en la personne de l'associé promettant et qui assure aux autres associés des droits directs ou individuels, ou un acte unique ou une série d'actes que l'associé s'engage à accomplir, ce qui est non seulement le cas d'un apport en industrie, mais même celui où l'associé a promis la simple jouissance d'un bien dont il conserve la propriété.

Seule la réalisation des apports en pleine propriété soulève quelques problèmes. Dans tous les cas, les règles ordinaires du transfert des biens s'appliquent : les biens corporels sont mis en communauté soit par mancipation, soit par tradition, et les créances par cession d'actions ou délégation : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 3, *pr : ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu : sed actiones invicem praestare debent*.

Le transfert se fait *pro parte* et le *socius* qui transfère ne perd pas la propriété de ses biens (1). Dans l'exécution, cela ne souffre aucune difficulté, car le passage même de biens en bloc par un acte unique, sous la forme du transfert utilisé pour celui d'un bien particulier, est concevable. Même au cas

comparationem patrimonii deest, donationis causa societas recte non contrahitur.

(1) L'associé ne perd pas la propriété de ses biens dans une certaine mesure. car, par le contrat de société et le transfert, les coassociés ont normalement un droit de propriété sur la masse : ils sont copropriétaires.

de mancipation, il n'y a pas grand obstacle : Ulpien, *Reg.*, XIX, 6 : *immobiles autem etiam plures simul et quae diversis locis sunt mancipari possunt* (1).

Cependant, au cas de *societas omnium bonorum*, les biens qui, à la formation de la société, sont la propriété de tous les associés, sont acquis par les associés, copropriétaires cependant, sans aucun acte de transfert.

Paul pose le principe : Paul, *lib.* 32 *ad edictum*, D., *h. t.*, 1, 1 : *in societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur*, et Gaius tente d'en donner une explication : Gaius, *lib.* 10 *ad edictum provinciale*, D., *h. t.*, 2 : *quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire*.

Il faut signaler que cette règle cesse de s'appliquer en ce qui concerne les biens tombant en communauté durant la société et qui sont acquis soit à titre gratuit, soit à titre onéreux par l'un quelconque des associés.

De nombreuses théories ont voulu rendre compte d'une telle exception. Fallait-il considérer ces textes comme les preuves d'une règle très ancienne, ou tout au contraire n'y voir que le résultat d'un travail très postérieur, peut-être l'œuvre des compilateurs de Justinien ?

Il est certain qu'en rapprochant la société de tous biens du *consortium inter fratres*, on pourrait voir dans cette règle l'unique trace de l'époque où les règles des deux associations avaient dû être identiques (2). Mais en réalité, dans le *consortium*, le transfert même des biens ne se conçoit pas, car on laisse les biens dans leur situation juridique antérieure. Copropriétaires avant la mort de leur père, les *consortes* res-

(1) Gaius, I, 121 : en ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 292, n. 6 ; RICCOBONO, *Z. S. S.*, 1913, t. 34, p. 186, n. 4.

(2) En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 589, n. 4, CORNIL, *Traité de la possession*, p. 149 ; POISNEL, *op. cit.*, p. 458.

tent copropriétaires; le fait de rester en *consortium* ne crée pas un nouvel état juridique et ne donne lieu à aucun transfert. Mais pour la société, la question s'analyse d'une manière très différente; les biens tombent en communauté, ils doivent être *communicati*, alors que précédemment ils étaient propres à chacun des *socii*. Ces deux situations sont opposées l'une à l'autre et cela très certainement dès les origines.

Mais à cette raison historique s'oppose le texte même de Gaius; il ne signale aucun rapprochement possible avec le *consortium* et l'exception n'existe, dit-il, que parce que la tradition est une tradition feinte. Explication rationnelle que seule une idée de constitut possessoire permettrait d'admettre, mais qui non seulement ne rend pas compte de certains effets secondaires de la règle, mais surtout s'appuie sur des idées et des textes d'époques différentes (1). Cependant cette expli-

(1) Des théories modernes, s'appuyant sur le texte de Gaius, D., 17, 2, 2, où il parle de *traditio tacita*, ont voulu voir dans la constitution d'une société universelle un exemple de constitut possessoire tacite pour tous les biens présents des associés; en ce sens, IHERING, *Du rôle de la volonté, Etudes complémentaires*, p. 183 et s. Par le constitut en effet, grâce au jeu des volontés, il y a passage de la possession au profit des autres *socii* créanciers sans aucun acte apparent, car celui qui possède une chose *suo nomine* est considéré comme ayant fait une tradition valable quand il est convenu avec son acheteur qu'il gardera la chose au nom de celui-ci : Celse, *lib. 23 digestorum*, D., 41, 2, *De a. v. a. possessione*, 18, *pr.* : *Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere : nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere : nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessioni praestat ministerium*. Les *socii* auraient donc acquis les biens *animo meo corpore alieno* : c'est-à-dire que, aussitôt le contrat formé, le *socius* qui possédait *suo nomine*, modifie son *animus* et possède pour le compte des associés sans qu'il soit besoin d'aucune manifestation de volonté. Réciproquement, chez les coassociés, cette même volonté constitue l'*animus* que la loi exige de celui qui commence à posséder, car nul ne possède à son insu : Pomponius, *lib. 26 ad Quintum Mucium*, D., 41, 2, *De a. v. a. possessione*, 26. Mais cette explication soulève de grosses difficultés. Tout d'abord quelles raisons motiveraient ce constitut? pourquoi cette règle ne s'appliquerait-elle

cation de Gaius, à laquelle on ne peut refuser des preuves certaines d'authenticité (1), permet d'admettre que l'exception était au moins antérieure à l'époque classique et qu'en outre toute raison historique véritable échappait aux juristes classiques.

En conséquence, il est certain que la *communicatio* des

pas également aux autres sociétés, même lorsque les parties ne mettent en copropriété qu'une chose particulière? Enfin le *transitus legalis* a un effet général, aussi les biens que l'associé ne possède pas lors de la conclusion du contrat, sont aussi objets du droit de copropriété de chacun des *socii*, or à leur égard un constitut possessoire est impossible, car le propriétaire ne peut en faire tradition tacite à autrui; en ce sens, PERNICE, *Parerga*, p. 88.

(1) On pourrait voir, dans ces deux textes, le résultat d'interpolations des compilateurs; en ce sens, RICCOBONO, *Traditio ficta*, Z. S. S., 1913, t. 34, p. 186 à 190. Une semblable solution serait due à l'évolution de la tradition réelle vers une tradition feinte. Le texte de Paul devrait être ainsi rétabli : *in societate o. b. omnes res quae coeuntium sunt [traditione mancipatione aut in iure cessione singulae] communicantur*. Les compilateurs auraient, en plaçant *continuo* dans ce fragment, admis que le contrat de *societas o. b.* assurait par lui-même la *communicatio* immédiate des biens entre associés. Toutefois l'emploi du mot *continuo* ne saurait être propre aux compilateurs; on trouve le mot employé dans des textes classiques : D., 12, 2, 6, 2; 24, 3, 60; 28, 3, 15; 39, 5, 18, 1; 45, 1, 105; 50, 17, 193; en ce sens HEUMANN-SECKELL, v° *Continuo*. Quant au fragment de Gaius, il aurait été placé par les compilateurs sans en respecter le sens originaire, à moins qu'il n'ait été lui-même altéré. Une telle explication est critiquable, car elle ne tire aucun argument du texte lui-même et d'ailleurs elle ne rend pas compte du fait que l'exception n'existe que pour la *societas o. b.* et relativement aux biens présents des associés : la raison qui ne peut alors être ni historique ni d'ordre pratique nous échappe totalement.

Pour CUQ, *Manuel*, 1917, p. 269, n. 2 et 3, dans la *societas o. b.* il aurait suffi de faire participer la société aux avantages que pouvaient procurer les biens de chaque associé : 17, 2, 1, 1 : *Res communicantur*, et ce n'est que sous Justinien que la propriété aurait été acquise en vertu d'une tradition tacite. Le texte de Gaius, 17, 2, 2, aurait donc seul été interpolé. Cette théorie est contredite par la nature même des droits que chaque associé acquiert sur les biens mis en communauté; d'ailleurs l'emploi de *communicare* marque une idée de mise en communauté de biens sur lesquels les parties peuvent avoir certainement un droit de propriété comme un droit d'usage : Gaius, 3, 151; D., 17, 2, 63, 9; 65, 3; 22, 38, 9; Ulpien, *Reg.*, 25, 15; Paul, S., 2, 16.

biens sans tradition reste une règle toujours appliquée à la société de tous biens. En réalité, primitivement, l'union totale des individus était le but essentiel de toute société et la vie commune entre amis entraînait une *communicatio* de tous les biens. La tradition des biens se produisait par le seul fait que ces individus commençaient à vivre en communauté (1).

Les associés supportent tous en principe la perte des biens communs. Mais à quel moment de la conclusion du contrat ou de la formation effective de la communauté sociale doit-on se placer pour admettre que les risques incombent aux associés. Du fait de l'existence nécessaire de cette communauté, le principe est que les risques n'incombent à la société que du jour de la formation effective de la société.

Une société, rapporte Celse (2), a été formée entre deux

(1) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 654. On ne saurait admettre, comme les anciens commentateurs, que le simple consentement suffisait ici parce qu'il y aurait impossibilité, ou au moins une très grande difficulté, à opérer la tradition effective de chacun des objets qui composent le patrimoine de la société; en ce sens, VoET, *Ad Pandectas*, XVII, 2, 6. La loi serait venue à leur secours au moyen d'une fiction.

(2) Ulpian, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 58, 1 : *Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam et mea pecunia perisset, cui perierit ea, et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire, ut puta si pecunia, cum percipere portaretur ad mercem emendam, periit : si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit*. La dernière partie de ce texte est certainement interpolée : *si vero ante collationem posteaquam, eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit (Celsus), quia non societati periit*, car on y trouve cette idée de Justinien d'envisager la société non plus comme un groupe de *socii*, mais comme un groupe collectif qui a une volonté et des intérêts distincts de ceux des associés en particulier. Cela se traduit par l'emploi de cette expression : *quia non societati periit*, qui s'oppose à l'expression *utrique perire* de la première partie du texte. D'ailleurs, l'exemple de Celse portait sur une *pecunia* qu'il qualifiait de *mea pecunia*, alors que ce membre de phrase suspect renverse la pre-

commerçants : l'un d'eux a apporté comme capital social une somme d'argent et le coassocié emporte cette somme pour acheter au loin des marchandises ou des esclaves. Cet argent est perdu; dans ce cas la perte ne peut incomber qu'à la société seule, mais toutefois il faut que la société existe bien réellement au moment même de la perte du bien. Au contraire, si la société est par exemple nulle, ou bien encore non conclue, la perte est à la charge du propriétaire imprudent de l'argent. De même, si après le contrat, un associé perd la somme d'argent dont il voulait faire l'apport à la société, il est seul à supporter cette perte, sans que les autres associés n'y aient à prendre part (1).

Par contre, au cas de perte d'un corps certain, avant ou après la mancipation ou la tradition du bien, mais après la formation d'un contrat, ce sont tous les associés qui supportent la perte, car l'associé se trouve dans la situation du débiteur d'un corps certain (2). Cependant, si par l'effet de cette perte, la société ne peut plus atteindre son but, il y a dissolution. Il en est de même au cas d'apport en industrie, si, par force majeure, l'associé ne peut exécuter ses obligations, c'est la société qui supporte la perte à moins que l'activité de l'associé ne soit indispensable à la poursuite de la vie sociale, auquel cas la société serait dissoute.

Il suffit de signaler que l'obligation de faire des apports entraîne celle d'assurer leur garantie; s'il s'agit d'apports en propriété, les règles applicables sont celles du droit commun applicables au cas de vente (3); et si l'apport est fait en jouis-

mière hypothèse : *si vero obstinasses quia non societati periiit*. En ce sens, RICCOBONO, *Communio*, p. 102; KRUEGER, D., *ad h. l.*

(1) En ce sens, 17, 2, *Pro socio*, 58, 1 : malgré son altération, ce texte permet de déduire la non-contribution des associés aux pertes de l'associé. Le principe plus général est que si l'apport est en choses fongibles, tous les risques sont à la charge de l'associé débiteur : il reste débiteur d'une valeur égale à celle qu'il avait promise.

(2) D., 17, 2, *Pro socio*, 58, *pr.*

(3) En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 564 et s.

sance, ce sont les règles de la garantie en matière de louage qui s'appliqueront. La question de garantie n'avait pas à se présenter au cas de *societas omnium bonorum*, car les associés mettent leurs biens en commun sans rien spécifier.



En fait, le contrat consensuel de société ne se formait pas pratiquement par le simple consentement des parties; les associés ne pouvaient ordinairement, et cela surtout dans les sociétés commerciales et à multiples associés, s'en tenir au règlement assuré par les seules règles coutumières; aussi avaient-ils très certainement la coutume de rédiger entre eux un pacte au moment même de la formation de la société. Ce sont deux grammairiens (1), ou les deux banquiers du Tryptique de Transylvanie (2), ou des associés qui prévoient leurs parts respectives dans les revenus (3), ou qui s'engagent à ne partager les biens que sous certaines conditions (4); dans tous ces cas les parties ont réglé leur future vie sociale par un pacte préalable sanctionné indirectement ou non par une stipulation pénale, mais certainement soumis à la sanction commune de l'action *pro socio*. Les clauses contenues étaient naturellement variables, soit avec la forme adoptée, soit avec le but poursuivi, soit même avec les simples désirs des contractants. En leur absence les règles coutumières permettaient d'en assurer le règlement et de là se déduisaient les principes applicables à toutes les sociétés.

Le pacte social pouvait en particulier assurer la détermination des parts de chacun des associés, soit dans les gains et les pertes, soit dans la masse commune, et les règles à

(1) D., 17, 2, *Pro socio*, 71, *pr*.

(2) Voir plus loin, Époque classique, chap. III, III^e partie.

(3) Gaius, III, 149.

(4) Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 16, 1.

suivre pour le remboursement d'impenses faites par l'un des associés pour le compte de la société.

A la fin de la République, avec Q. Mucius Scaevola, le principe ancien de l'égalité des parts dans les revenus et les pertes gardait encore toute sa force. Plaute l'avait signalé, et Cicéron lui reconnaissait toute sa valeur. Le Digeste posera le principe comme étant toujours applicable : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 9, *pr.* : *si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat* (1). Cependant l'équité, dans une association, impose, semble-t-il, le partage proportionnel aux mises, même en l'absence de convention. Le principe adopté ne peut donc trouver sa raison d'être que dans les précédents historiques. Dans la *societas o. b.* primitive, ce partage était naturel : une mise en commun de toutes les fortunes; on vit sous un même toit; le principe naturel qui peut seul s'appliquer est celui de

(1) Gaius, III, 150 : *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, [tamen] aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse*. En ce sens, PERNICE, *Parerga*, p. 95 et s.; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 637. On a voulu discuter sur le sens de cette expression *aequas partes* : D., 17, 2, 29, *pr.*; Gaius, III, 150; Inst. Just., 3, 25, 1 : on en a déduit que les parts devaient être proportionnelles aux apports. Mais de nombreux textes emploient cette expression pour désigner les parts viriles ou les mettre en opposition avec les parts proportionnelles. Ulpien, *lib. 43 ad Sabinum*, D., 46, 3, *De solutionibus et liberationibus*, 5, 2 : *si vero summa usurarum debitorum et non debitorum, non eadem sit, aequaliter ad utramque causa proficit, quod solutum est, non prorata*; Gaius, *lib. 1 fideicommissorum*, D., 34, 5, *De rebus dubiis*, 7, 2, n'est pas moins net, il oppose les parts proportionnelles et les parts viriles : *quaesitum est, si coheredes ex disparibus partibus scripti sint : utrum partem suam in viriles partes restituere singulis debeat, an pro portionibus hereditariis, ex quibus heredes scripti sint*. De même Julien, *lib. 39 digestorum*, D., 36, 1, *Ad S. N. Trebellianum*, 24 (23), 1, et Justinien aux *Institutes*, 2, 14, 6. Donc les *aequas partes* s'opposent bien aux parts proportionnelles et cette expression est synonyme de l'expression de parts viriles. D'ailleurs, les lois 6 et 80 au titre *Pro socio* ne seraient pas compréhensibles, car si les parts étaient déjà proportionnelles par l'application des règles ordinaires, pourquoi supposer la nécessité d'un arbitre pour assurer dans ces cas la proportionnalité? En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 590, n. 2.

parts égales dans les gains et les pertes comme dans la masse commune : il répondait à la réalité des choses. D'ailleurs son application jusqu'au Bas-Empire se comprend à son tour par cette idée que si rien n'a été prévu par les parties, c'est qu'il faut présumer qu'elles ont fait des apports dont ils avaient reconnu l'équivalence (1).

C'est précisément lorsque la société va se former entre personnes de fortunes variables que le doute naîtra dans l'application d'une règle qui répartit également les bénéfices et les pertes. Elle peut apparaître contraire à l'équité et c'est alors que la règle va supporter les modifications que la coutume reconnaîtra progressivement.

En effet, la situation de chacun des associés doit être plus ou moins avantageuse suivant la somme d'utilité plus ou moins grande qu'il procure à la société, suivant l'importance plus ou moins considérable de son apport ; car le contrat

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, 5 : *Si cum tres socii essent, egerit cum uno ex sociis socius et partem suam integram sit consecutus, deinde alius socius cum eodem agat et partem consequi integram non poterit, quia facere solidum non potest, an hic qui minus consecutus est cum eo agere possit qui solidum accepit ad communicandas partes inter eos. < id est exaequandas > quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus, alium minus consequi? Sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exaequatur : quae sententia habet aequitatem.* Ce texte fait une application très particulière de la règle de l'égalité entre associés. De trois associés, l'un est débiteur des deux autres. L'un des deux créanciers agit avec diligence : il obtient la totalité de sa créance ; l'autre n'agit que plus tard et ne peut être remboursé que partiellement, car son débiteur lui oppose le bénéfice de compétence. On se demandait alors si l'associé le plus diligent ne devait pas, pour assurer entre tous une égalité matérielle complète, supporter une part de la perte subie par son autre associé : or, Ulpien considéra qu'il fallait donner l'action *pro socio* pour rétablir cette égalité. Ce texte, sans que cela ne modifie nos conclusions, présente des traces d'interpolations : l'expression *id est exaequandas* est une répétition inutile : en ce sens, EISELER, *Beiträge*, Z. S. S., 18, 1897, p. 40 ; KRÜGER, D., *ad h. l.* ; la phrase *quae sententia habet aequitatem* n'est pas moins de Justinien : KRÜGER (P.), *Justinianische Entscheidungen*, 1907, p. 6, et l'emploi de *magis* n'est pas sans soulever des soupçons. En ce sens, PFLUEGER, *Pro Roscio*, p. 136 ; BESELER, *Beiträge*, II, 10.

de société se présente comme dominé avant tout par une équité stricte et rigoureuse. C'est de là que s'établissent les règles légales et c'est à elles que l'on doit se reporter pour apprécier la valeur d'une clause du pacte social.

Avec la combinaison des apports en capital et des apports en industrie, le principe d'une égalité pure ne répondait plus aux nécessités pratiques. Aussi, dès la fin de la République, rapporte Gaius (1), la question était résolue dans un sens nouveau : la situation de chaque associé peut être, suivant Servius Sulpicius, réglée différemment : le pacte social peut assurer à l'un d'eux une part de bénéfice plus forte que celle qui correspond à sa contribution aux dettes. Cependant Q. Mucius Scaevola envisageait encore une telle combinaison comme contraire à la nature même du contrat : malgré tout la nouvelle règle prévalut.

L'égalité des parts ne s'impose donc plus comme une règle nécessaire du pacte social, à moins que l'associé dont le patrimoine est le moins important n'établisse l'égalité en fournissant plus de travail (2).

(1) Gaius, III, 149 : *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Q. Mucius contra naturam societatis esse existimavit. Sed Serv. Sulpicius cujus etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixero illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera ejus tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet; Paul, lib. 6 ad Sabinum, D., h. t., 30 : Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat; de même, Inst. Just., III, 25, 2.*

(2) Ulpien, lib. 31 ad edictum, D., h. t., 5, 1 : *societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparisonem patrimonii deest.* Dans ce texte, il s'agit d'une *societas o. b.*, car elle est la seule où l'apport d'un associé peut avoir pour objet un patrimoine : mais on y trouve une preuve que le principe du partage par parts viriles dérive de la *societas o. b.* Il est non moins intéressant de signaler la différence très importante qui

Les clauses du pacte social allaient admettre les combinaisons les plus diverses : Servius Sulpicius admet déjà que le travail plus précieux de l'un des associés lui permettra de recevoir une part de bénéfices sans supporter aucune perte ; car, comme l'ajoute Gaius, le travail de l'un des associés a une valeur appréciable en argent et il peut être équitable que le pacte social lui assure de tels avantages. Cassius, suivant en cela Sabinus, recherchait les raisons d'une telle faveur. Une telle clause est équitable, dit-il, parce que l'associé perd non seulement la part de bénéfices qu'il aurait pu obtenir, mais aussi le montant de la valeur de son travail (1).

Mais des limites devaient être rapidement marquées à une telle liberté. Aristo rapporte que Cassius considérait déjà comme contraire à la nature du contrat ces clauses par lesquelles l'un des associés recevrait les gains et l'autre associé participerait seul aux pertes. C'était, dit-il, une société léonine, suivant l'appellation coutumière, et Ulpien de conclure qu'une telle société est inique ; car celui qui ne contribue qu'aux pertes, ne peut jamais espérer de gain, et l'idée d'une communauté équitable vient à manquer : la société ne peut plus assurer à chacun un avantage certain et réciproque (2).

existe entre le *consortium* et la société : dans le *consortium* le partage des gains et des pertes ne se fait pas par parts égales, mais suivant les besoins de chacun de ses membres : principe qui correspond mieux à l'idée de famille qui domine dans ces rapports, puisque l'importance des parts pourra varier avec le plus ou moins grand nombre d'enfants. Le partage de la masse obéissait aussi à des principes tout différents, car ce sont les règles de dévolution successorale et de partage qui s'appliquent, alors que pour la société le principe de l'égalité pour tous s'applique primitivement au moins : en ce sens, PERNICE, *Parerga*, p. 87 et s. ; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 653.

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 29, 1 : *Ita coiri societatem, posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit Cassius putat : quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est : plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.*

(2) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 29, 2 : *Aristo refert Cassium*

Cependant, tant que l'équité semble être respectée, la liberté la plus complète régnait dans la détermination des parts de chacun ; mais il importe de remarquer que ces parts égales ou d'un montant différent ne devaient porter que sur les opérations sociales envisagées dans leur ensemble et ne jouent pas distributivement pour chacune des opérations bonnes ou mauvaises. Servius signalait déjà le danger, et Paul ne pouvait que consacrer sa décision (1). Elle s'imposait : naturellement celui qui ne prenait part qu'aux opérations avantageuses sans répondre des pertes, aurait pu s'assurer des gains alors que les autres associés n'auraient vu leur situation se solder que par de lourdes pertes ; car la liquidation de la société, fut-elle déficitaire, si cet associé a prélevé sa part sur quelques opérations heureuses, il pourrait se retirer sans se soucier des opérations mauvaises. Donc nécessité d'envisager le solde des comptes et de ne fixer les parts attribuées à chacun qu'en prenant comme base des calculs ce solde déficitaire ou non.

Etait-il possible par la convention sociale de fixer à une somme déterminée la part de bénéfices d'un associé ?

Des perles sont confiées à un commerçant pour qu'il les vende au moins au prix de 10 ; il a droit à l'excédent de ce prix, mais peut toujours payer les 10 ou rendre les perles (2) :

respondidisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare : et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret : iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.

(1) Paul, lib. 6 ad Sabinum, D., h. t., 30 : Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto : sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.

(2) Ulpien, lib. 31 ad edictum, D., h. t., 44 : si margarita tibi vendenda dederò, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis, id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.

ce serait normalement un cas de contrat innomé ou mieux d'*aestimatum* suivant la définition d'Ulpien, *lib. 32 ad edictum* : *res aestimata vendenda datur* (1); or il admet ici l'emploi de l'action *pro socio*, mais peut-il y avoir réellement société, car le propriétaire des perles s'est réservé une part, fixée au préalable, dans les revenus et il semble qu'une telle décision ne soit pas équitable. Cependant la loi 52, 1, au titre *Pro socio*, permet à nouveau l'introduction dans le contrat social d'une telle clause et la déclare compatible avec la nature même de la société. Ulpien rapporte en effet que Papinien, ayant à résoudre le cas suivant aurait ainsi répondu, au troisième livre de ses réponses : entre Flavius Victor et Bellicus Asianus, il avait été convenu que des terrains seraient achetés avec l'argent de Victor et qu'Asianus y construirait des maisons; mais sous la condition que Victor recevrait dans leur partage (après la vente) une somme d'argent d'un montant déterminé; et Asianus, qui avait apporté à la société le produit de son travail, garderait le surplus du prix : or dans ce cas, ils peuvent user de l'action *pro socio* (2). Et cependant Ulpien, donnant un nouvel exemple de contrat innomé, déclare lui-même qu'il ne saurait y avoir société avec un associé qui n'a pas admis son vendeur coassocié au partage et qui s'est réservé pour lui une somme fixe dans les revenus (3).

(1) Ulpien, *lib. 32 ad edictum*, D., 19, 3, *De aestimatoria*, 1.

(2) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 7 : *item ex facto consultum respondidisse se ait libro tertio responsorum, inter Flavium Victorem et Bellicum Asianum placuerat, ut locis emptis pecunia Victoris monumenta fierent opera et perita Asiani, quibus distractis pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit : erit pro socio actio*.

(3) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 19, 5, *De praescriptis verbis*, 13, pr. : *Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit*.

Comment concilier ces différents textes ? Le principe certain est que la clause était susceptible, à l'époque classique, d'être incluse dans tout pacte social ; car les deux textes qui l'admettent présentent des garanties d'authenticité suffisantes, tout au moins en ce qui se rapporte à cette question. Donc si le propriétaire d'un terrain le cède immédiatement à son entrepreneur, il ne peut être associé à ce dernier, car il est impossible de créer entre eux la communauté de biens nécessaire à l'établissement de rapports sociaux. Mais au cas du propriétaire de terrains qui s'est réservé par avance un lot déterminé de maisons, mais n'a pas cédé la propriété de ses terrains à l'entrepreneur auquel il s'associe, la société reste possible ; les règles essentielles à toute société sont respectées, car *quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit* (1). Il existe entre eux une forme légale de société et si au cas plus général, rapporté au titre *De prescriptis verbis*, loi 13,7, Ulpien ne reconnaît qu'un cas de simple contrat innomé, c'est que les parties ont entendu précisément, étant donnée leur situation particulière, en assurer le règlement juridique suivant les règles de l'*aestimatum* et non d'une société. Elles ont voulu, non pas se lier par l'engagement de rendre les perles ou le terrain commun, mais que l'une des parties ayant fait la dation de ces perles ou de ce terrain à l'autre, des obligations, sanctionnées par l'action *prescriptis verbis*, naissent à son profit.

La liberté la plus complète était donc de règle ; mais elle trouvait sa raison, donc sa limite, dans le respect d'un règlement équitable entre les parties, assurant toujours la proportionnalité nécessaire entre les apports et les parts dans les gains et les pertes.

e

Pratiquement les associés pouvaient régler très différem-

(1) D., 19, 5, *Praescriptis verbis*, 13, 1.

ment dans leur pacte social cette *communicatio lucri et damni*. Ils peuvent suivant un chiffre déterminé fixer la part de chacun : l'un d'entre eux peut toucher les deux tiers des bénéfices et l'autre un tiers seulement. Pareille combinaison est valable, dit Ulpien, à condition que le premier ait apporté plus à la société, soit en argent, soit par son travail (1). Les clauses peuvent se multiplier, se diversifier, il suffit que le principe classique soit observé : une répartition inégale des bénéfices suppose une inégalité dans les apports.

Des clauses peuvent avoir prévu ou même désigné une personne qui est chargée d'assurer la répartition. Pomponius dit ainsi que (2), si tu contractes avec moi une société sous la condition, qu'au moment du partage, les parts sociales seront fixées par l'arbitrage d'un homme de bien, alors il est normal, puisqu'il y a arbitrage, que nous ne soyons pas des associés ayant des parts égales, car l'un peut avoir fait un apport plus important, soit par son travail, son industrie ou son argent. Par le fait que l'arbitre va juger en équité, il va donc fixer des parts proportionnelles aux apports; d'ailleurs son concours n'est recherché que pour assurer ces rapports équitables, sinon les associés auraient pu convenir d'une manière définitive dans le pacte les parts de chacun. Pratiquement son rôle s'impose lorsque les apports peuvent varier dans leur valeur; l'arbitre devra précisément faire cette appréciation (3).

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 29, *pr.* : *Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.*

(2) Pomponius, *lib. 9 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 6 : *Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est : et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*

(3) Proculus, *lib. 5 epistularum*, D., *h. t.*, 80 : *Quid enim si Nerva cons-*

L'arbitre pouvait avoir été désigné dans le pacte ; dans ce cas, si la détermination des parts est une condition à laquelle est subordonnée l'existence de la société, s'il ne veut remplir sa mission, ou meurt, la société ne prendra point vie. Celse dit que, si une société a été conclue sous la condition que les parts seraient déterminées par Titius, et si Titius meurt avant de l'avoir fait, tout est nul : car le contrat a été passé de telle sorte que la société n'existerait pas, si Titius n'en était l'arbitre (1).

L'arbitre devait remplir sa mission comme un *bonus vir* l'aurait assurée : aussi son arbitrage avait une nature particulière. Si deux individus, dit Proculus, ont conclu une société sous la condition qu'un de leurs amis communs, Nerva, établirait les parts revenant à chacun, doit-on considérer comme équitable la décision de Nerva qui donne à l'un un tiers des revenus et à l'autre deux tiers (2) ? L'associé le moins avantagé peut avec raison se demander si la décision est réellement équitable, s'il n'aurait pas dû leur accorder des parts égales, si Nerva a vraiment agi en homme de bien ? Son arbitrage est en effet différent de celui qui dériverait d'un

tituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus socius esset ? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat.

(1) Celsus, lib. 15 digestorum, D., h. t., 75 : *Si coita sit societas ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit, si Titius antequam arbitraretur decesserit, nihil agitur : nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit.*

(2) Proculus, lib. 5 epistularum, D., h. t., 76 : *Societatem mecum coisti ea conditione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret : Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse : quaeris, utrum ratum, id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus, existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset, arbitratorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sine iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eius modi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, enim arbitrato fiat.*

compromis, qui est applicable même s'il est inique. Tout au contraire Nerva devait agir en honnête homme, comme aurait agi l'arbitre intervenant dans une contestation relative à une *lex locationis* (1); d'ailleurs sa décision reste toujours l'objet d'une action *pro socio* en faveur de l'associé qui se croit lésé (2). Si l'arbitrage de Nerva est mauvais au point que son iniquité en soit manifestement apparente, les parties pourront user de l'action *pro socio* pour le faire modifier (3).

Remarquons en dernier lieu que si les parties ont fixé les parts dans les bénéfices, mais non dans les pertes ou inversement, on applique la même proportion aux pertes, ou aux bénéfices : Gaius, III, 150 : *sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt* (4).

II. — *De la communio entre associés sans intervention de la notion d'affectio societatis.*

SOMMAIRE. — Dans toute société, les associés doivent envisager la formation d'une *communio*, communauté de biens ou d'acquêts. Les règles coutumières des indivisions ordinaires s'appliquent, sauf clause contraire, à toute *communio* issue d'un contrat de société. — La *communio*, née d'un contrat de société, se distingue des autres *communiones* formées en dehors de toute convention : l'importance du *consensus*. — La *communio*, née d'un contrat de société, se distingue des autres *communiones* issues de tout autre contrat, par l'adoption, suivant la situation particulière des

(1) Paul, *lib. 4 quaestionum*, D., *h. t.*, 77 : (*veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat*).

(2) Proculus, *lib. 5 epistularum*, D., *h. t.*, 78 : *in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est*.

(3) Paul, *lib. 4 quaestionum*, D., *h. t.*, 79 : *Unde si Nervae arbitrium ita pravam est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei*.

(4) Le pacte social pouvait contenir d'autres clauses relatives à la dissolution de la société, à la répartition de la masse au moment du partage et à sa liquidation, à l'administration par l'un des associés ou par un esclave. Au sujet de la condition dans le pacte social, voir Époque de Justinien.

associés, de l'une des formes sociales reconnues par la coutume, et non pas, à l'époque classique, à raison d'une soi-disant notion d'*affectio societatis*. — Par l'emploi de l'une des formes de sociétés, les associés recherchent toujours un avantage commun.

Formée par le consentement dont un pacte social a pu préciser l'objet, la société est une communauté de biens ou d'acquêts dont les copropriétaires associés veulent retirer un avantage commun et certain. L'existence de cette *communio* ou communauté de biens, réalisée soit par les apports de chacun, soit par le produit de leur industrie, était essentielle à l'existence de la société elle-même. D'un tel principe les textes offrent de nombreuses preuves.

Lorsqu'un associé, propriétaire d'un bien, fait l'apport de ce bien, dans une société dont les membres ne sont que des commerçants ou des travailleurs, Julien pose le principe que seul le propriétaire restera propriétaire du bien, mais que la chose sera au moins commune. Les clauses du pacte social pourront même attribuer à chacun un droit de copropriété avec assurance ainsi d'obtenir une quote-part de la masse au moment du partage final; mais cet associé-propriétaire ne pourrait jamais abandonner, dès la formation de la société, la propriété totale de son bien à son coassocié. Le bien doit rester commun entre eux tous sans exception. De même, rapporte Julien (1), deux individus s'unissent pour construire

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 49, 5, *De prescriptis verbis*, 13, 1 : *Julianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dederò, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dederò vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorreere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit : competit igitur pro socio actio, sed si forte puerum domini tui fecero, idem se quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. quid ergo est ? in factum putat actionem Iulianus dandam, id est prescriptis verbis, ergo si quis areae*

des immeubles; l'un apporte le terrain, l'autre assure à ses frais tout l'ensemble de la construction. Mais le propriétaire abandonne à l'entrepreneur, dès la formation du contrat, la propriété des terrains, à charge pour lui de lui retransférer un lot déterminé de ces maisons, les travaux une fois terminés. Or dans ce pacte, Julien ne veut reconnaître, ni une vente, parce que le propriétaire reçoit comme prix une partie de sa chose, ni un mandat, parce que l'acte du mandataire n'était pas gratuit, ni surtout une société, parce qu'en contractant une société, nul ne doit cesser d'être propriétaire du bien qu'il apporte; pour qu'il y ait un véritable contrat de société, les parties auraient dû faire de ces terrains une masse de biens communs (1).

Au contraire, celui qui conclut un pacte avec un grammairien pour l'instruction d'un esclave particulièrement doué, accomplit bien un contrat de société, si toutefois pour la durée prévue il n'accorde en quelque sorte que l'usage de l'esclave, c'est-à-dire dans la mesure nécessaire à son éducation. Si, par hasard, il lui abandonne la propriété au moment du pacte, il y aura contrat innomé dont la sanction ne saurait être l'action *pro socio*, mais l'action *in factum* ou une *condictio*, car l'idée de communauté de biens et même celle d'une collaboration entre les associés sont absentes de cette convention. Cependant une clause du pacte social aurait pu

dominium non transtulerit, sed passus sit te sic aedificare, ut communicaretur vel ipso vel pretium, erit societas. idemque et si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus sit. Id est prescriptis verbis est certainement interpolé : les classiques n'accordaient en réalité que l'action *in factum* ou une *condictio* : en ce sens, GRADENWITZ, *Interpolationen*, chap. IV, p. 125.

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 7 : *Item ex facto consultum respondisse se ait libro tertio responsorum : inter Flavium Victorem et Bellicum Asianum placuerat, ut locis emptis pecunia Victoris monumenta fierent opera et perita Asiani, quibus distractis pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit : erit pro socio actio.*

prévoir le transfert de la propriété de l'esclave au profit du grammairien à la liquidation de la société; le contrat est valable, car jusqu'à la fin de la société l'esclave reste commun aux deux associés.

Du point de vue économique, il est certainement de peu d'importance que le transfert de propriété d'une chose soit fait à moitié ou en entier tout de suite, si plus tard on doit reconnaître les deux contractants titulaires d'un droit de propriété sur une moitié de ce bien. Mais juridiquement, les opérations ne peuvent s'analyser que tout différemment : il ne peut y avoir de société, lorsqu'un des associés apporte un bien, que lorsqu'il reste entièrement ou en partie propriétaire; une communauté de biens est nécessaire.

La communauté de biens, comme dans la *societas universorum quae ex quaestu veniunt*, pouvait résulter de la continuation de la vie commune; il pouvait en être de même pour toutes sociétés, commerciales ou non, dont l'actif à la formation du contrat était nul. Mais cependant dans certains exemples de sociétés, cette communauté semble perdre toute réalité. Deux individus forment une société, l'un est propriétaire d'un cheval, l'autre de trois chevaux; ils s'entendent pour former un quadriges et le vendre; mais ils ont convenu que chacun d'eux resterait propriétaire de son apport, l'objet unique de la société étant la vente elle-même du quadriges. Aussi dans le cas où le marché ne pourrait être conclu, chacun garde son bien. Si la vente est conclue, la propriété tout entière passe à l'acheteur sans que les deux associés aient jamais été copropriétaires (1). En réalité, cette société n'est

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 58, pr. : *Tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Feicis : cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes, si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi : non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem, ceterum si id actum dicatur, ut*

qu'un cas pratique de société où l'obligation de chacun n'est qu'une simple obligation de faire; la communauté se formera entre eux au moment même de la conclusion de la vente : elle dépend de la possibilité ou non d'un acte commun, mais sa nécessité n'en est pas moins certaine; le prix du quadriges leur sera *communis*.

Cette situation se retrouve au cas où le propriétaire de pierres précieuses veut en faire la vente; tout en restant seul propriétaire, il les confie à un commerçant, lui abandonnant le montant de la somme qui dépassera le prix fixé au préalable : Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 44 : *Si margarita tibi vendenda dederō, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur pro socio esse actionem*. Une telle société était possible, les perles n'étaient que l'objet de l'obligation particulière du vendeur; et la communauté, dont le partage se fera d'ailleurs suivant des règles très particulières, ne porte que sur le prix obtenu.

3

L'existence d'une communauté dont l'objet peut être des biens ou des créances ou même des dettes, s'impose donc essentiellement pour l'existence de toute société. Mais elle n'est, tout au moins dans ses principes, qu'une communauté ordinaire où les règles de droit commun s'appliqueront, faute de dispositions contraires expresses.

En principe, sur les apports faits en pleine propriété, sur les fruits et revenus des biens sociaux, sur le produit du travail de chacun, sur les acquêts communs, chaque associé a un droit de propriété : *nihil autem interest cum societate aut sine societate res inter aliquos communis sit* (1) : l'action com-

quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.

(1) Gaius, *lib. 7 ad edictum provinciale*, D., 10, 3, *Com. div.*, 2, *pr.*

muni dividundo est indépendante de l'existence ou non d'un véritable contrat de société entre les copropriétaires : dans les deux cas, son emploi est également justifié. De plus tous les associés sont des propriétaires et tous ont un droit égal de propriété (1). Chacun de ce fait exerce son droit avec le maximum de liberté : il peut en disposer quand et comment il veut. Principe donc d'indépendance de chaque copropriétaire (2).

De ce caractère de la société allaient découler des conséquences importantes en ce qui concerne surtout le droit de disposer de la chose commune par des actes juridiques. Tout associé, bien que restant associé, peut toujours disposer de sa part sociale, vendre, donner en dot, dans la mesure de son droit et sans le consentement des autres associés (3). Cependant un tel droit se trouve toujours limité par les droits des autres copropriétaires pour rendre possible l'équilibre des intérêts différents.

Donc si les parties ont convenu que l'aliénation des parts sociales, ainsi que le partage proportionnel des biens entre associés, seraient exclus pendant une durée déterminée, chaque associé peut cependant à tout moment se retirer du pacte social (4). Inversement, si les contractants ont admis dans le pacte que la société ne pourrait être dissoute pendant un laps de temps fixé, chaque associé peut cependant à

(1) En ce sens, BONFANTE, *Bull. d'Ist. D. R.*, 1913, p. 197 ; 208 à 219.

(2) Ulpian, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 63, 10 : *sive res... interierit, distrahi videtur societas*. Sur cette question : BONFANTE, *Bull. d'Ist. D. R.*, 25, 1913, p. 196 à 220 ; *Scritti giuridici varii*, III, *Obligazione, comunione e possesso*, Turin, 1921, p. 376 et s. ; p. 382 et s. ; p. 485 et s. ; p. 511 ; FERRINI, *Pandette*, 3^e éd., 1917, Milan, p. 444 à 454 ; S. RICCOBONO, *Delle comunio del diritto quiritario alla comproprietà moderna, Essays in legal history*, PAUL VINOGRADOFF, Oxford, 1913, p. 33 à 120 ; ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Naples, 1921, p. 96 et s.

(3) En ce sens, KNIEP, *Societas publicanorum*, p. 238.

(4) Ulpian, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 14 : *si conveniat inter socios... ne societate abeatur*.

tout moment aliéner sa part sociale sans que toutefois son acheteur ne puisse devenir associé (1). D'une manière générale, l'extinction du lien social est par elle-même sans influence sur la continuation de la vie de la communauté sociale : *etsi distracta esset societas nihilo minus divisio rerum superest* (2).

Mais comme le partage ou l'aliénation d'une part sont des actes qui s'opposent ou gênent la réalisation du but social, les parties devront donc à la fois former et régler le contrat de société lui-même et la communauté de biens. Une clause nécessaire est celle qui exclue le droit de partage comme le droit d'aliénation pendant la durée du contrat de société : les deux droits doivent être exclus ; car si le droit de partage est seul prévu, l'aliénation des parts reste toujours possible (3). Au cas de pacte social, si l'un d'eux le viole, sa responsabilité se trouve alors engagée et les autres associés auront un droit à une réparation du dommage que l'acte de disposition pourra leur causer (4).

De l'existence de la communauté découlait une dualité cer-

(1) D., 17, 2, 19 ; 20 ; 21 ; 22 ; 23 : c'était une limitation nécessaire aux pouvoirs trop indépendants des associés en tant que copropriétaires.

(2) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 13.

(3) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 16, 1 : *Qui igitur pasciscitur ne dividat, nisi aliqua justa ratio intercedat, nec vendere poterit, ne alia ratione efficiat, ut dividatur, sed sane potest dici venditionem quidem non impediri, sed exceptionem adversus emptorem locum habere, si ante dividat, quam divideret is qui vendidit*. L'emploi de *pasciscitur* indique bien que les parties ont passé un pacte. En ce qui concerne toute la phrase finale : *sed exceptionem adversus emptorem locum habere, si ante dividat, quam divideret is qui vendidit*. Il semble bien qu'il y ait lieu de la considérer comme interpolée, sans que le sens original du texte n'en soit affecté, tout au moins dans la mesure où cela intéresse notre question. En ce sens, KRÜGER, D., *ad h. l.* ; RICCOBONO, *op. cit.*, p. 51.

(4) Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 17, *pr.* : *Sed et socius qui alienaverit contra pactionem accipit committit et tenetur societatis aut communi dividundo iudicio*. Pour RICCOBONO, Paul n'accordait pas ici l'action *communi dividundo*, seuls les compilateurs étendront ainsi le domaine de cette action. RICCOBONO, *op. cit.*, p. 89.

taine entre les éléments de tout contrat de société : elle apparaît d'ailleurs dans la nécessité de deux actions pour assurer une liquidation complète : l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo*. Nécessaires toutes deux, l'une règle les rapports proprement sociaux entre associés, même ceux qui trouvent leur raison dans la communauté, mais qui sont contractuels, l'autre vient au contraire transformer les parts de chacun sur la masse commune en des parts réelles. Au Bas-Empire, cette analyse reste la même : un certain nombre de textes permettent de l'établir. En effet toute contestation résultant de l'exercice pratique des droits de chaque copropriétaire, s'il n'intervient pas une convention comme au cas de société, n'a comme sanction tout au moins au début de l'époque classique, ou peut-être jusqu'au Bas-Empire, que la défense que l'autre copropriétaire s'assure en usant du *ius prohibendi*. Mais l'action *communi dividundo* vient créer une confusion, contraire à son appellation et à son but; car elle vient régler toute la vie des *communiones* ordinaires. De là ces textes où l'action *pro socio* et l'action *com. div.* semblent être données au choix des associés ou des communistes et qui montrent seulement l'identité des règles qui régissent la communauté de biens d'origine contractuelle et sociale et la communauté de biens ordinaire, d'origine successorale ou non (1).

Au cas où l'un des associés n'a sur certains biens, mis en communauté, qu'un droit d'usage pour le montant de sa part,

(1) Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 38, 1 : *Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecutum et altera actione alteram tolli Proculus ait*. De même, D., 4, 9, 6, 1; 10, 3, 19, 2; 11, 3, 9, *pr.*; 10, 3, 25; 14, 3, 13, 2; 14, 3, 14; 15, 1, 19, 2; 15, 1, 27, 8; 39, 2, 32; 45, 3, 28, 1. Certains textes présentent des traces d'interpolations : 14, 3, 13, 2; 14, 3, 14 : en ce sens, BESELER, *Beiträge*, IV, 279; VALERI, *Rivista di diritto commerciale*, t. 21, 1913, p. 23; BERGER, *Teilungsklagen*, p. 179.

les règles ordinaires relatives à la jouissance sur les biens ne cessent de s'appliquer à l'égard de tous les associés.



Bien que les biens des associés soient communs à tous, et que chacun ait sur eux des droits identiques à ceux d'un copropriétaire quelconque sur des biens en indivision, cependant il importait pour les parties de distinguer la société, non seulement de tout contrat dont le but était la formation d'une indivision, mais aussi de toutes les communautés de biens établies en dehors de tout contrat.

Une communauté de biens pouvait naître d'un legs fait à plusieurs, ou existe entre des cohéritiers et des donataires du même bien : elle existe entre eux sans qu'aucun contrat ne les ait unis au préalable, sans que leur volonté n'ait pu se manifester : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 34 : *ut evenit in re duobus legata aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit*. Au contraire, la communauté entre des associés est née parce qu'étant donné leur consentement, ils ont voulu son existence : Paul, *lib. 23 ad edictum*, D., 10, 2, *Familiae ercisc.*, 25, 16 : *cum coherede non contrahimus sed incidimus in eum... eadem sunt, si duobus res legata sit : nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res* (1) : ce qui assure l'union des biens dans la communauté ordinaire, c'est la situation juridique de la chose elle-même : aucune volonté chez les parties. Dans la société au contraire, la seule source est le *consensus* ; les associés ont voulu créer cette masse indivise : à son origine se rencontre un contrat : Modestin, *lib. 3 regularum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 4, *pr.* : *societatem coire et re et verbis... posse non dubium non est*, et Papinien qualifie

(1) Gaius, *lib. 7 ad edictum provinciale*, D., 10, 3, *Com. div.*, 2, *pr.* : *sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est.*

exactement la *societas o. b.* en parlant de *consortium voluntarium* (1).

63

Il importait de distinguer les *communiones* nées d'un contrat quelconque ou d'un contrat de société nul et celles nées d'une *societas*. Une communauté de biens pouvait résulter d'un contrat de société nul; la communauté sera réglée par les seules règles ordinaires et toutes les clauses du pacte social réglant certains droits des associés sur les biens sont de nul effet: l'action *pro socio* ne peut être accordée. La distinction avec une société licite ne fait aucune difficulté, elle découle de la preuve du caractère illicite et immorale de la société frappée de nullité (2).

Mais pratiquement la distinction a une grande importance lorsque la société doit être distinguée des conventions, qui comme elle, ont pour effet de former une communauté de biens ou d'acquêts. Sur quels principes s'appuyaient les juris-

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 21, *Pro socio*, 52, 8. Cujas déclare à cet effet (*Observat.*, lib. X, cap. XXV) : *ut autem ex re, sicut docui, M. Tullius voluntarium procuratorem dixit, ita et voluntariam societatem in Quinctiana, opposita ei societate enim voluntaria non est, quia re, non consensu consistit. Voluntaria est quae consensu contrahitur, tractatuque habito inter socios; et hanc societatem dicimus proprie, illam rerum communionem.*

(2) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., h. t., 57 : *Nec praetermittendum esse Pomponius ait ita demum hoc esse verum, si honestae et licitae rei societas coita sit : ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem.* Pour EISELE, la dernière phrase de ce texte : *generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem*, est une phrase interpolée : par elle-même, elle n'apporte aucune précision nouvelle au sens de la décision. L'emploi de *generaliter* est preuve d'un remaniement certain. D'ailleurs, le caractère général de cette décision d'Ulpien est contredit par D., 17, 2, 53, où il déclare à nouveau la nullité de la société, mais d'une manière beaucoup moins nette. En ce sens, EISELE, *Weitere Studien*, Z. S. S., 30, 1909, p. 421.

tes classiques dans les cas pratiques qui ne manquaient pas de se présenter?

Deux individus achètent en commun une même chose : leur bien est indivis : par le fait de cette communauté, peut-on en déduire l'existence d'un contrat de société entre les deux associés? Gaius semblerait l'admettre : *cum societate res communis est veluti inter eos qui pariter eandem rem emerunt* (1). Il ne s'attache à aucune analyse du consentement, la situation de fait des contractants permet seule de conclure à l'existence ou non du contrat de société, suivant que les parties ont adopté une forme quelconque ou non de société.

Ulpien cependant, semblant apporter un perfectionnement dans l'analyse juridique du consentement des associés, s'opposerait à la reconnaissance de la décision toute objective de Gaius. En effet il déclare que pour qu'il y ait possibilité d'agir par l'action *pro socio*, il faut avoir conclu une société; car il ne suffit pas qu'une chose soit en indivision. On peut très bien, ajoute-t-il, avoir une chose en communauté en dehors de toute idée de société, comme dans le cas où nous sommes les deux légataires d'un même legs, ou bien lorsque nous achetons à plusieurs un objet quelconque, ou lorsque nous sommes plusieurs héritiers ou donataires d'une même hérédité ou d'un même legs, ou enfin lorsque nous achetons les parts de deux associés, sans vouloir jamais être des associés (2). Dans le cas d'achat en commun, le bien ainsi acquis est indivis, mais les acheteurs ne seront considérés comme des associés que si la

(1) Gaius, *lib. 7 ad edictum provinciale*, D., 40, 3, *Com. div.*, 2, *pr.*

(2) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 31 : *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet : nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empti res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.* Dans ce texte : *nisi societas intercedit* est certainement interpolé. En ce sens, KRUEGER, D., *ad h. l.*; BESELER, *Beiträge*, II, p. 39.

communauté existe non seulement parce qu'elle a été l'objet de l'accord de leurs volontés, mais parce qu'ils ont été poussés par un certain *animus contrahendae societatis*. La simple formation d'une communauté de biens est par elle-même sans relation nécessaire avec la formation d'une société : seul l'élément intentionnel qui a déterminé ces actes est à prendre en considération. Deux individus ont acheté un terrain, le premier veut empêcher que ce terrain ne tombe en d'autres mains, le second lui apporte son aide financière dans cette acquisition; tous deux n'ont en vue qu'un achat en commun; on ne peut donc parler de société entre eux. Une situation identique est celle de deux individus qui voulant éviter une surenchère font acheter à leur propre compte un bien (1) : dans ce cas la seule sanction possible est l'action *communi dividundo*, car pour Ulpien l'analyse de leur consentement révélerait l'absence de toute *affectio societatis* (2).

Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, reprend cette idée, D., *h. t.*, 52, 3 : *hoc vera sunt et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata*. L'action *pro socio* est accordée ou refusée suivant l'existence ou non de la *causa contrahendae societatis*. Enfin au fragment 44, Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, établit d'une manière certainement confuse la distinction de la société et de l'*aestimatum* : « Si je te donne des perles à vendre au prix minimum de dix, tu me dois toujours au moins dix, mais si tu les vends plus de dix, tu as pour toi l'excédent de ce prix. Or si cela a

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 21, *Pro socio*, 33 : *ut in conductionibus publicorum, item in emptionibus : nam qui nolunt inter se contendere, solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est*.

(2) Gaius, *lib. 10 ad edictum provinciale*, D., *h. t.*, 34 : *Quibus casibus si quid forte unus in eam rem impenderit sine fructus mercedesve unus perceperit vel deteriore fecerit rem, non societatis iudicio locus est, sed inter coheredes quidem familiae herciscundae iudicio agitur, inter ceteros communi dividundo, inter eos quosque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi dividundo agi*.

été conclu avec une certaine intention de contracter une société, l'action de cette convention sera l'action *pro socio*; dans le cas contraire, les parties pourront user de l'action *praescriptis verbis* » (1).

Le propriétaire des perles les donne à vendre à un commerçant, sous la seule condition que dans le partage des gains il se réserve le montant d'un prix déterminé : une communauté en résulte ayant le prix pour objet, mais il n'y aura société, dit Ulpien, que si par l'examen de l'intention des parties, on peut présumer l'existence d'une *affectio contrahendae societatis*.

Cependant Ulpien lui-même reprenant cette recherche de la distinction entre ces deux mêmes contrats, la société et l'*aestimatum*, aboutira à des conclusions toutes différentes. En effet, adoptant le point de vue de Julien, il déclare : « Si j'ai donné la propriété d'un de mes terrains à un entrepreneur pour qu'il y bâtit des maisons, à charge pour lui de me rendre une partie de ce terrain et de ces constructions, il n'y a pas de société, parce que personne ne peut en contractant une société, cesser d'être propriétaire de la chose qu'il met en communauté » (2). L'objet de la recherche du juge ne semble

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 44 : *Si margarita tibi vendenda dederō, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.*

(2) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 19, 5, *De praescriptis verbis*, 13, 1 : *Julianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dederō, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei mea recipio, neque mandatum quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit.* Ulpien ajoute : *sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dederō vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorreere haec ab area eos quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit : competit igitur pro socio actio. sed si forte puerum domini tui fecero, idem se quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. quid ergo est? in factum putat actionem Julianus dandam, id est praescriptis verbis.*

plus être la recherche d'une intention particulière de former une société, mais une simple question de fait : les parties ont-elles voulu adopter une forme particulière de société et en ont-elles observé toutes les règles ? Reprenant d'ailleurs cette idée, il précise le contenu de ce critère : Ulpien, *lib. 2 ad edictum*, D., *h. t.*, 32 · *nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur : le tractatus habitus* qui n'est que l'accord des volontés par lequel les associés s'engagent à adopter dans leur situation une forme appropriée et reconnue de société, est l'élément que le juge doit rechercher pour accorder ou refuser l'action *pro socio* ou l'action *in rem*.

Ces diverses décisions d'Ulpien semblent donc se contredire. En fait, Ulpien dans tous ses textes pose le principe que la recherche du critère ne saurait porter sur une analyse particulière de l'intention des parties, mais sur l'accomplissement effectif ou non des règles qui normalement s'imposent à l'existence d'une société. Critère donc essentiellement objectif. En effet les textes qui permettraient de soutenir un point de vue opposé sont gravement suspects. D'une manière générale, les expressions d'*animus*, d'*affectio* sont presque ignorées des juristes classiques ; et on ne les trouve que dans des textes dont l'authenticité est douteuse. L'étude de chaque texte viendra confirmer la réalité de ces doutes.

Le fragment 31 au titre *Pro socio* est interpolé : la phrase *nisi societas intercedit* et l'emploi de l'expression *citra* sont des preuves certaines ; mais particulièrement l'authenticité de la proposition : *ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem*, est difficile à admettre : son caractère de glose est à reconnaître ; car la présence des termes *incidere*

ergo si quis areae dominium non transtulerit, sed passus sit te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa vel pretium, erit societas. idemque et si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus sit.

in aliquid trahit une influence de Justinien (1). Le fragment 3, loi 52 au même titre, n'apparaît pas non plus comme authentique : *haec vera sunt, et pro socio erit, actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata*. Cette conclusion ne vient modifier en rien le sens général ni le préciser; l'emploi de *si modo* et de l'expression *societatis contrahendae causa* elle-même permettent de nier l'authenticité de cette phrase tout entière (2).

Enfin le dernier fragment d'Ulpien au titre *Pro socio*, le fragment 44, a été sans aucun doute l'objet de nombreuses rectifications de la part des compilateurs. D'une manière générale la décision s'oppose formellement à cette autre décision prise par Ulpien lui-même dans la loi 13,1, au titre *De praescriptis verbis* : or ce dernier semble ne pas devoir être altéré et les doutes ne peuvent se fonder que sur le texte du titre *Pro socio* : en effet, étant reconnue la non-classicité de l'action *praescriptis verbis*, le magistrat n'a pu accorder au cas de non-existence d'un contrat de société, cette action : l'*aestimatum*, comme tout contrat innomé, ne trouvait sa sanction que dans une action *in factum* ou une *condictio* (3). Des particularités de style permettent de reconnaître une étendue plus grande à l'action de Tribonien. Si l'emploi des termes *si-si pluris* pour introduire une série d'hypothèses alternatives peut être reconnu comme possible par des classiques, au contraire celui de *si-si minus* permet d'élever un soupçon sur la valeur

(1) En ce sens, BERGER, *Teilungsklagen*, p. 27-28; p. 133, n. 1; BESELER, *Beiträge*, II, 39; pour ce dernier, seuls les termes *affectione societatis* seraient interpolés. GUARNERI CITATI, *Indice*, 1927, v^{is} *Affectio, Incidere, Citra, Ut puta*; SALVADORE, *Affectio societatis*, *Rivista di diritto civile*, 1914, t. 3, p. 684; ALBERTARIO (E.), *Archivio giuridico*, 1923, t. 89, p. 256; PRINGSHEIM, *Animus donandi*, *Z. S. S.*, 1921, t. 42, p. 284. *Contrā*, KRUEGER, D., *h. l.*; GIRARD, *Manuel*, p. 587; LONGO, *Sulla natura della merces nella locatio conductio*, *Mélanges Girard*, II, p. 108-110.

(2) En ce sens, SALVADORE, *op. cit.*, p. 686.

(3) En ce sens, GRADENWITZ, *Interpolationen*, chap. IV, p. 125; BESELER, *Beiträge*, II, p. 160; FRANCISCI, *Συναλλάγματα*, 1913, p. 97.

de cette partie du texte : *si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus praescriptis verbis* (1).

Mais à ces arguments plus particuliers à chacun de ces textes s'ajoute un argument d'une portée plus générale : la recherche de l'élément intentionnel dans le consentement des associés se présente comme un effort d'analyse que Justinien aurait pu seul accomplir. Il est certain qu'à l'époque byzantine on voit que les juristes insistent sur l'élément intentionnel dans la matière de la société : ἡ κοινωνία ἐστίν, ἐν ᾗ διάδοσιν κοινωνίας ἔσχον οἱ συναλλάξαντες (Bas., XI, 1, 44; Heimbach, 1, 747) (2).

En conséquence, nous appuyant sur l'étude critique de ces textes, on peut déduire que pour Ulpien la distinction de la société et de tout autre contrat dont l'exécution entraîne la formation d'une communauté de biens entre les associés, ne saurait trouver son fondement dans l'analyse et l'existence d'une intention particulière des parties. Le juge doit rechercher si le consentement des associés s'est bien formé et si des clauses adoptées dans leur situation et des faits qui pratiquement en sont sortis, on doit reconnaître l'existence ou non d'une société. Si le propriétaire d'un esclave abandonne la propriété de son esclave au grammairien auquel il en confie l'éducation, les règles essentielles et légales rendront impossible la reconnaissance d'une semblable société : *nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est* (3).

ω

Cependant dans cette recherche objective des éléments d'une société, le juge devait-il à proprement parler prendre en considération le but économique que les associés ont poursuivi en s'associant. L'existence d'un simple consentement et

(1) En ce sens, APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes*, p. 39, n. 22.

(2) En ce sens, BERGER, *Teilungsklagen*, p. 133, n. 1; BESELER, *Beiträge*, II, 39; IV, 136; GUARNERI CITATI, v¹⁸ *Animus, Societas*.

(3) D., 17, 2, *Pro socio*, 31.

d'une communauté de biens ne pouvaient suffire à caractériser suffisamment la société dans son essence : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 31 : *ut sit pro socio actio societatem intercedere oportet : nec enim sufficit rem esse communem*. Pour être un consentement source de rapports entre les associés, les parties avaient dû prendre en considération un but certain, invariable, que leurs efforts communs vont tendre à atteindre. La communauté de biens ou d'acquêts n'existera que parce que par son existence ou par son partage, chaque contractant trouvera les raisons d'un avantage certain et commun à tous : chaque associé a en vue un même but économique dont la réalisation sera la fonction économique de la société.

Ce but des associés était-il toujours celui de réaliser des bénéfices que par la suite ils pourraient partager? Si, dans de nombreux exemples, les parties ont recherché simplement de ces résultats pécuniaires positifs, on ne peut cependant reconnaître ce caractère comme essentiel. En dehors surtout de toute généralisation théorique dont aucun texte ne porte la trace, ce but spéculatif est une des formes des intérêts possibles entre des associés. En effet il est tout à fait certain que les associés de tous biens ne devaient envisager un tel but que comme secondaire : la nature même de leurs rapports s'opposait à une semblable conception. Il en est de même dans la société universelle d'acquêts, car les parties ne considèrent pas le produit de leur travail comme devant être régulièrement partagé, mais comme des revenus susceptibles soit d'être partagés, soit d'être laissés en communauté suivant leurs besoins. Mais le Digeste lui-même fournit des exemples de sociétés où les parties n'avaient en vue qu'un simple avantage commun à tous. C'est en quelque sorte dans un but d'assistance mutuelle qu'est formée la société dont parle Méla au fragment 13 du Digeste (1) : deux voisins

(1) Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 13 : *Item Melas*

prennent sur leur propre terrain un demi-pied et édifient pour clore leur domaine un mur formé de claies. Or au cas de contestation entre eux l'action *pro socio* leur est accordée : il y a donc une société alors que le but économique de leur acte n'avait été qu'éviter à l'un et à l'autre une dépense trop lourde : la répartition des frais sur deux patrimoines et la construction d'une seule clôture assuraient un avantage commun, suffisant pour motiver l'existence d'une société.

De même une société pouvait exister entre deux propriétaires voisins qui achètent un terrain pour empêcher tout acte qui, accompli sur ce terrain, aurait pu nuire à leurs vues (1). Enfin Cassius permet de déduire la possibilité de la sanction sociale entre des copropriétaires voisins qui se sont associés pour assurer à frais communs la réfection d'un ruisseau (2).

Par contre, il n'existe aucun exemple de société à but purement désintéressé : telles que des sociétés pour favoriser les arts et la religion : les associations formées dans ces buts sont toujours restées de simples associations (3).

La société romaine se présente donc comme un contrat formé par le simple consentement des parties, dont l'objet est la formation d'une communauté de biens, en vue d'un avantage certain et commun.

Communauté ordinaire, elle est caractérisée nettement par son origine : le consentement nécessaire. Communauté sociale

scribit, si vicini semipedes inter se contulerunt, ut ibi craticium parietem inter se aedificarent ad onera utriusque sustinenda, deinde aedificato pariete alter in eum inmitti non patiat, pro socio agendum.

(1) Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., *h. t.*, 52, 13 : *idemque et si aream in commune emerint, ne luminibus suis officeretur, et alteri tradita sit nec praestet alteri quod convenit, pro socio actionem esse.*

(2) En ce sens, Cuq, *Manuel*, 1917, p. 496 : Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., *h. t.*, 52, 12 : *Item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recipiendum sumptum Cassius scripsit.* BESELER, *Beiträge*, IV, 79 : l'élément *ad recipiendum sumptum* serait interpolé.

(3) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 657.

parmi les simples *communiones* d'origine contractuelle, elle est à nouveau caractérisée par le fait qu'elle existe en vue d'un avantage commun à tous. Complexe en son contenu, cet avantage varie avec les multiples motifs qui ont agi sur tous : c'est la vie commune que les amis ou les frères veulent poursuivre entre eux, ce sont des dépenses fortement réduites dont des propriétaires voisins veulent s'assurer l'avantage, ce sont des bénéfices réalisés par des opérations de banque ou tout autre commerce ; mais dans son essence il reste invariable. Dans sa recherche objective, le juge devra donc parfois, non seulement rechercher l'existence ou non d'un *consensus* entre les *socii*, mais aussi le but qu'ils ont eu, l'avantage qu'ils ont recherché par la réalisation des obligations auxquelles ils se sont engagés. Leur avantage commun était-il conforme à la nature d'une *societas* dont la bonne foi est le principe d'organisation, et la communauté de biens, le moyen ? Aussi la société est-elle soumise au principe absolu qui prohibe toute convention dont le but est contraire aux lois et aux bonnes mœurs : Paul, *lib.* 32 *ad edictum*, D., *h. t.*, 3, 3 : « *Societas si... fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi...* » (1). C'est ainsi qu'une société formée entre époux en vue de faire une donation à l'un d'eux, est nulle bien que le consentement en lui-même existe et que son objet soit licite (2).

Mais d'une manière générale, le fait pour les parties d'avoir adopté une des formes de société, d'avoir assuré la réalisation de la communauté de biens ou d'acquêts qui doit normalement en résulter, permettait au juge, en dehors de toute recherche d'intention ou de but, de conclure à l'existence ou non d'une société.

(1) Voir *suprà*, p. 117.

(2) Ulpien, *lib.* 33 *ad Sabinum*, D., 24, 1, *De donationibus in v. et u.*, 32, 24 : *si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, iure vulgato nulla est... id circo igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros et propter hoc nec inter virum et uxorem.*

CHAPITRE III

LES RAPPORTS SOCIAUX ENTRE ASSOCIÉS

I. — *Les obligations des associés.*

SOMMAIRE. — Les associés mettent en commun tout ou partie de leurs biens : les sociétés universelles ou particulières. — Les associés supportent en commun tout ou partie de leurs dettes. Cas particulier de la dot. — Des impenses supportées par les associés : évolution historique et extension du caractère commun des impenses. — La perception des fruits et revenus communs. — Les risques entre associés pendant la durée de la société. — La compensation des dettes et créances sociales entre associés.

Quel que soit le but recherché par les parties, la société doit se poursuivre dans le temps pendant une durée déterminée ou non. Chaque forme d'association règlera l'étendue des rapports juridiques qui vont naître ; les différentes clauses du pacte social pourront d'ailleurs y apporter toutes modifications que les parties auront jugées nécessaires ; mais, dans tous les cas, les principes fondamentaux s'imposeront aux associés et lorsque les parties auront négligé d'organiser leurs rapports, les règles légales s'appliqueront.

De la poursuite pendant un temps plus ou moins long de la vie sociale sortent pour chaque associé des droits et des obligations, mais qui vont s'opposer ou se combiner à ceux de leurs coassociés. De là découlent soit une communauté de biens apportés par chacun, ou acquis pendant la société, soit

des créances divisées entre eux tous. De là naissent naturellement des dépenses multiples et variées nécessitées par l'entretien des biens ou provoquées par les opérations sociales, alors qu'inversement chacun pourra profiter des fruits et revenus des biens sociaux. De ces biens, certains pourront disparaître pour des causes diverses et la vie de la société en sera peut-être affectée. On trouve ainsi, sous la multiplicité apparente de ces actes, l'exécution même des obligations de chacun des associés. Aussi apparaît immédiatement le caractère obligatoire du lien social et sa sanction. Dans quelle mesure l'associé sera-t-il responsable au regard de son associé pour un acte social quelconque? De quelle action pourra-t-il user pour exiger l'observation d'une clause du pacte social, la mise en commun par exemple d'un bien acquis par l'un d'eux?

Ce sont des problèmes qui n'intéressent que les rapports entre associés; les opérations de chaque associé naissant souvent à l'occasion d'opérations faites avec des tiers, revêtent alors, mais nullement à l'égard des tiers, le caractère d'être des opérations sociales. Elles n'ont ce caractère que pour les associés et entre eux dans la mesure de leur pacte social. Le banquier qui a formé avec un autre banquier une société ne pourra considérer comme acquisition commune que celle qui résultera d'une opération de banque (1). Le bien acquis par l'un d'eux de ses propres deniers lui reste propre ainsi que les revenus qui en sont issus, car dans une société dont l'objet est ainsi strictement défini les revenus d'un bien personnel à l'un des associés ne peuvent être que personnels.

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 52, 5 : *Cum duo erant argentarii socii, alter eorum aliquid separatim quaesierat et lucri senserat : quaerebatur, an commune esse lucrum oporteret, et imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit : « etiamsi maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaesierit, id ad communionem non pertinere explorati iuris est ».*



Comme au moment de leur formation, la nature et l'étendue des sociétés sont variables : communautés de biens ou d'acquêts, universelles ou limitées à un objet particulier.

Si les parties ont formé entre elles une société universelle de tous biens, toutes leurs acquisitions tombent en communauté, qu'elles soient à titre onéreux ou à titre gratuit : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 1, 1 : *In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur* ; D., *h. t.*, 3, 1 : *Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est aut quacumque ratione acquisitum communioni adquiretur*. Il semble que l'on ne doive faire aucune distinction : c'est ainsi que même le produit d'une condamnation pour une injure faite personnellement à l'un des associés ou pour un dommage à son propre corps ou à celui de l'un de ses fils, tombe normalement en communauté (1). Toutefois un texte de Paul permet d'établir qu'une discussion s'était poursuivie sur la question de savoir si un bien héréditaire acquis par l'un d'eux en vertu d'un testament, était légitimement acquis par la société ; il est certain que toute succession *ab intestat* était commune ; les associés s'étaient peut-être adjoints l'un d'entre eux, sans fortune au moment de la formation de la société, mais auquel devait échoir presque certainement une succession. Au contraire, la succession testamentaire par son caractère d'acquisition, en principe, imprévisible, pouvait ne pas tomber en communauté ; et c'est ce qui à l'époque de Paul semble devoir être admis, quoique, aux

(1) Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., *h. t.*, 52, 16 : *Socium universa in societatem conferre debere Neratius ait, si omnium bonorum socius sit : et ideo sive ob iniuriam sibi factam vel ex lege Aquilia, sive ipsius sive filii corpori nocitum sit, conferre debere respondit*.

époques antérieures, une solution contraire devait prévaloir (1).

Par exception, relativement à des situations très particulières, un associé peut avoir le droit d'agir seul à son profit. Si de deux associés de tous biens, l'un a reçu une chose en gage, si elle lui est volée, seul l'associé créancier gagiste aura le droit d'exercer l'action *furti* (2). Bien qu'elle appartienne à quiconque avait intérêt à ce que le vol ne fût pas commis, l'autre associé ne peut l'obtenir : ce qui se comprend par la nature même du gage et ses effets relatifs. Pour user de l'action *furti*, il était nécessaire que la personne soit avec la chose dans un certain rapport matériel, sinon de propriété, au moins de possession ou de détention (3). Le gage n'accorde précisément cette possession qu'à l'associé qui a seul contracté et seul reçu le droit de garder la chose jusqu'à ce que la dette garantie soit éteinte.

Dans la *societas universorum quae ex quaestu veniunt*, l'actif social au moment de la formation de la société ne pouvait être que nul; en effet l'acquêt par sa définition nécessite une activité commune pendant un certain temps : Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 8 : *quaestus enim intellegitur, qui ex opera cuius descendit*; seront donc communs les produits de l'industrie de chacun des associés (4). Aussi dès l'époque de Sabinus et même de Q. Mucius Scaevola (5),

(1) Paul, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 3, 2 : *De illo quaeritur, si ita sit coita societas, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenit communis sit, quae sit iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenit an etiam ea quae testamento? et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere.*

(2) Ulpien, *lib. 37 ad edictum*, D., 47, 2, *De furtis*, 52, 18 : *Si ex duobus sociis omnium bonorum unus rem pignori acceperit eaque subrepta sit, Mela scripsit eum solum furti habere actionem, qui pignori accepit, socium non habere.*

(3) En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 417, n. 6.

(4) Paul, *lib. 3 epitomarum Alfeni digestorum*, D., *h. t.*, 71, *pr.*

(5) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 11 : *et ita de hereditate legato donatione Quintus Mucius Scaevola scribit.*

les règles sont fixées : tout bien acquis soit par hérédité, soit par donation ne peut être mis en commun (1). Donc acquis en vertu d'une cause personnelle à l'associé, l'un quelconque de ces biens ne peut être considéré comme un bien commun (2).

Toutefois la communauté pouvait s'étendre non seulement au produit de leur industrie, mais être une *societas quaestus et lucri* : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 13 : *Sed et si adiciatur, ut et quaestus et lucri socii sint, verum est non ad aliud lucrum, quam quod ex quaestu venit, hanc quoque adiectionem pertinere*. Communauté d'étendue plus générale, elle portera sur toutes les acquisitions à titre onéreux faites par les associés ainsi que sur les revenus de leur travail, sans que jamais le produit d'une hérédité ne tombe en communauté (3). Aussi Alfenus déclarera que si de deux affranchis ainsi unis, l'un reçoit de son maître sa succession et l'autre un legs, aucun des deux ne devra mettre ces biens en communauté (4).

Dans les sociétés particulières, la communauté se trouve limitée dans son étendue : elle comprendra les biens que les parties ont désignés. Les revenus communs seront ceux qui sont issus d'une activité commune, mais toujours dans la mesure prévue au pacte social. Aussi si de deux maîtres d'un esclave commun, l'un meurt en léguant à l'esclave une somme quelconque, mais sans lui accorder la liberté, il est

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 9 : *Nec adjecit Sabinus hereditatem vel legatum vel donationes mortis causa sive non mortis causa, fortassis haec ideo, quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt*.

(2) Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 10 : *et qui plerumque vel a parente vel a liberto quasi debitum nobis hereditas obvenit*.

(3) Julien, *lib. 1 ad Urseium Ferocem*, D., 29, 2, *De adq. vel om. hereditate*, 45, 2 : *Et cum quaestus et compendii societas initur, quidquid ex operis suis socius adquisierit, in medium conferet : sibi autem quisque hereditatem adquiret*.

(4) Paul, *lib. 3 epitomarum Alfeni digestorum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 71, 1 : *Duo colliberti societatem coierunt lucri quaestus compendii, postea unus ex his a patrono heres institutus est, alteri legatum datum est. neutrum horum in medium referre debere respondit*.

certain que ce legs va profiter à l'associé survivant. Toutefois dans la liquidation de la société, le survivant ne doit-il pas compter à l'actif social ce legs reçu grâce à l'esclave et le partager avec l'héritier de son coassocié (1). Ulpien décide qu'il n'y avait pas lieu d'accorder l'action *pro socio* à l'héritier, car si l'associé survivant a participé à ce legs, ce n'est pas un résultat qui est dû à l'exercice de l'activité de la société, mais causé par la nature de ses droits sur l'esclave.

Tout acte rentrant dans le cadre de la vie sociale doit être, au contraire, rendu commun à tous les associés. Formée pour l'achat de blés ou la vente de terrains, la vente passée par l'un d'eux devra profiter à tous : Paul, *lib. 62 ad edictum*, D., *h. t.*, 74 : *si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune : sed societatis iudicio cogitur rem communicare*. Le terrain, acheté par deux associés désireux de bâtir, devra leur être commun à tous deux, bien qu'un seul ait pu passer cette vente. Inversement celui qui a vendu des marchandises achetées au loin par l'un d'entre eux, doit répartir entre tous les associés le résultat de ses opérations : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 67, *pr.* : *Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debet ita, ut ei caveatur indemnem eum futurum* (2).

Les acquisitions illicites ne pouvaient pas par contre tomber en communauté, application certaine des principes généraux : Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., *h. t.*, 52, 17 : *ibidem ait socium*

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, 9 : *Si servo communi legatum sine libertate unus ex dominis reliquit, hoc ad solum socium pertinet : an tamen pro socio iudicio communicari debeat cum herede socii, quaeritur. et ait Julianus Sextum Pomponium referre Sabinum respondentem non communicari, et posse hanc sententiam defendi Julianus ait : non enim propter communionem hoc acquisitum est, sed ob suam partem, nec oportet id communicari, quod quis non propter societatem, sed propter suam partem adquisierit.*

(2) Pomponius, *lib. 13 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 62 : *alioquin eventurum, ut etiam, si duo socii rem vendiderint, unusquisque quod ad se pervenerit partem alteri societatis iudicio praestare debeat.*

omnium bonorum cogi conferre, quae ex prohibitis causis adquisierit.

Ce principe aurait dû, semble-t-il, être d'une application rigoureuse et avoir des effets très nets. Ulpien décide bien qu'il n'est pas possible de mettre en communauté ouvertement le produit de vols ou autres actes malhonnêtes, car ce serait créer une indivision honteuse et immorale; mais toutefois il admet que les revenus tirés de ces biens seront communs à tous les associés, s'ils ont été mis en communauté (1).

Aussi de ce fait il résulte que l'associé qui a ainsi surpris la bonne foi de ses amis et leur a fait participer à ces revenus, ne pourra reprendre ces biens de sa propre autorité : il devra au préalable avoir été condamné (2). Mais dans ce cas, que devra rendre la société : le seul montant de la somme volée ou cette somme et la *poena* (3)? Suivant Ulpien, si la bonne foi des associés a été surprise, ils ne sauraient être responsables de la *poena*; mais si les associés connaissaient la provenance illicite de l'argent ou du bien mis en communauté, ils sont tous responsables du montant de la somme volée et de la *poena* prononcée par la condamnation.

Il importe d'ailleurs peu que la poursuite intentée par le volé ait lieu avant ou après la dissolution de la société : les règles précédentes s'appliqueront dans tous les cas (4).

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 53 : *Quod autem ex furto vel alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque foeda communio est. plane si in medium collata sit, commune erit lucrum.*

(2) Pomponius, *lib. 13 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 54 : *Quod enim ex maleficio contulerit socius, non aliter recipere debet, quam si damnatus sit.*

(3) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 55 : *Si igitur ex hoc conventus fuerit qui maleficio admisit, id quod contulit aut solum aut cum poena auferet : solum auferet, si mihi proponas insciente socio eum in societatis rationem hoc contulisse : quod si sciente, etiam poenam socium agnoscere oportet : aequum est enim, ut cuius participavit lucrum participet et damnum.*

(4) Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 56 : *Nec quicquam interest, utrum manente societati praestiterit ob furtum an dissoluta ea. idemque est in*

Comment se réalisait la mise en communauté de tous ces biens? Les règles ordinaires s'appliquent ici sans aucune exception en faveur des associés de tous biens. Les créances demeurent dans l'état qui les caractérise au moment de leur formation, mais chacun des associés a le droit d'user des actions ordinaires pour en retirer les revenus qui lui reviennent : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 3, *pr. : ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu : sed actiones invicem praestare debent.*



L'existence de la communauté sociale rendait naturellement communes certaines dettes : Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 27 : *Omne aes alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum est, licet posteaquam societas distracta est solutum sit.* Toute dette contractée pendant la durée de la société est commune et chacun devra y participer pour sa part même après la dissolution de la société. Cependant la dette ne peut obliger tous les associés que si elle a été contractée conformément au but économique de la société ; toutefois si un des associés a emprunté pour son compte personnel, et qu'il ait porté cette somme à l'actif social, l'un quelconque des autres associés se trouvera obligé, car nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui : Papinien, *lib. 3 responsorum*, D., *h. t.*, 82 : *societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.*

Dans la *societas o. b.*, toutes les dettes des associés sont communes : Scaevola, *lib. 1 responsorum*, D., 10, 2, *Fam. ercisc.*, 39, 3 : *filius rei publicae debita, quae post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hereditaria reputare non potest,*

omnibus turpibus actionibus, veluti iniuriarium, vi bonorum raptorum, servi corrupti et similibus, et in omnibus poenis pecuniariis quae ex publicis iudiciis accidunt.

si non in omnibus socii essent... (1). C'est ainsi que ce que la société peut dépenser pour l'établissement du fils d'un associé sera commun à tous (2). Cependant certaines dettes ayant un caractère personnel trop nettement déterminé, restaient propres à l'associé débiteur; c'est ainsi que si un associé, même de tous biens, a été par sa faute condamné par défaut, il devra seul supporter le montant de la condamnation (3).

Dans la société universelle d'acquêts, ne sera commune que la dette qui provient d'une opération sur les acquêts eux-mêmes : Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 12 : *Sed nec aes alienum, nisi quod ex quaestu pendebit, veniet in rationem societatis*.

Dans toute autre forme de sociétés, toute dette contractée dans les limites fixées par le pacte social était commune; mais de même que l'actif social ne peut contenir de biens acquis

(1) Ulpien, *lib. 1 responsorum*, D., *h. t.*, 73 : *Maximino respondit, si societatem universarum fortunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique adquirentur, hereditatem cuius eorum delatam in commune redigendam. idem Maximae respondit, si societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogetur vel quaereretur communis lucri atque impendii esset, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrisque imputanda*. Ce texte est interpolé, sans que cette altération ne puisse modifier le principe que nous en déduisons; en effet, la conclusion du texte est relative à un cas d'impenses entre associés. Les compilateurs ont ajouté les termes *vel quaereretur* et *lucris atque*, accroissant ainsi la portée de ce texte relatif originellement à la question des dettes, de la question de la répartition des profits et les compilateurs n'ont pas fait attention que la conclusion du texte ne correspondait plus à leur décision nouvelle : en ce sens, GRANDENWITZ, *Bull. d'Ist. D. R.*, t. 2, 1889, *Interpolazioni et interpretazioni*, p. 6; KRUEGER, D., *ad h. l.*

(2) Ulpien, *lib. 2 responsorum*, D., *h. t.*, 73 : *ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrisque imputanda*.

(3) Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., *h. t.*, 52, 18 : *Per contrarium quoque apud veteres tractatur, an socius omnium bonorum, si quid ob iniuriarum actionem damnatus praestiterit, ex communi consequatur ut praestet et Atilicinus Sabinus Cassius responderunt, si iniuria iudicis damnatus sit, ipsum tantum damnum sentire debere. cui congruit, quod Servius respondisse Aufidius refert, si socii bonorum fuerint, deinde unus, cum ad iudicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi, si vero praesens iniuriam iudicis passus sit, de communi sarciendum*.

d'une manière illicite, de même les associés ne sauraient solder les dettes qu'un associé aurait honteusement contractées en se livrant au jeu ou à la débauche : elles ne peuvent que lui rester personnelles : Pomponius, *lib. 12 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 59, 1 : *quod in alea aut adulterio perdiderit socius, ex medio non est laturus*.

Toutes les dettes à terme ou sous condition tombent en communauté. Cependant le terme pouvait ne pas encore être échu ou la condition non encore arrivée au moment de la dissolution de la société. La dette allait-elle rester personnelle à celui qui s'en trouvait être le seul débiteur au regard du tiers créancier ? Allait-on au contraire déduire à l'avance de la masse active le montant de cette dette ?

Au cas de dette à terme, bien que le montant en soit déterminé et le paiement certain à une échéance fixe, cependant on ne peut la déduire de l'actif social (1). Un associé peut ainsi devoir de l'argent à la caisse de la société et d'autre part être le débiteur d'un tiers dans l'intérêt de la société pour une échéance à venir ; mais avant que l'échéance n'arrive, le tiers fait procéder à la *venditio bonorum* de l'associé débiteur : cela entraîne la liquidation de la société et les autres associés ne pourront à ce moment compenser ce qui leur dû et ce qu'ils doivent eux-mêmes à terme. Pour garantir le paiement de la dette, l'acheteur à la *venditio bonorum* devra exiger des cautions de la part des associés. La solution est la même au cas de dette contractée sous condition, suivant une autre décision de Paul (2).

(1) Paul, *lib. 60 ad edictum*, D., *h. t.*, 28 : *Si socii sumus et unus ex die pecuniam debeat et < dividatur societas >, non debet hoc deducere socius quemadmodum praesens pure debet, sed < omnes dividere > et cavere, cum dies venerit, defensu iri socium*. Selon LENEL, ce texte a été modifié par les compilateurs : *dividatur societas* doit être interpolé ; cette décision de Paul devait régler une liquidation de société provoquée par une *venditio bonorum* et de là il faut admettre l'interpolation des mots *omnes dividere* : en ce sens, LENEL, *Quellenforschung*, Z. S. S., t. 4, 1883, p. 147 et s. ; KRUEGER, D., *ad h. l.*

(2) Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 27 : *Omni aes alienum, quod*

Une masse de biens qui supporte une affectation spéciale doit être mise à part dans le règlement des comptes sociaux : la dot qu'un associé va mettre en communauté ou celle qu'un associé va sortir de la communauté et fournir à l'un de ses enfants.

Si un associé de tous biens est marié et a mis en communauté la dot de sa femme et que la société vienne à être dissoute, il pourra prélever immédiatement le montant total de la dot de sa femme, car par son affectation particulière elle doit toujours appartenir au mari durant le mariage (1). Mais si le mariage est dissous par le prédécès de la femme et que le mari n'ait plus à restituer la dot, elle sera partagée entre tous (2).

Inversement dans la société de tous biens, tout associé devait pouvoir user des biens communs suivant ses besoins et ceux de sa famille : Ulpien, *lib. 1 responsorum*, D., *h. t.*, 73 : *si societatem universarum fortunarum... coierint... ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrisque imputanda*. Donc les charges faites *in honorem liberorum* tombent en communauté : ce sont généralement celles que le

manente societate contractum est, de communi solvendum est, licet posteaquam societas distracta est solutum sit. igitur et si sub conditione promiserat et distracta societate condicio exstitit, ex communi solvendum est : ideoque si interim societas dirimatur, cautiones interponendae sunt.

(1) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 16 : *Si unus ex sociis maritus sit et distribatur societas manente matrimonio, dotem maritus praecipere debet, quia apud eum esse debet qui onera sustinet : quod si iam dissoluto matrimonio societas distrahatur, eadem die recipienda est dos, qua et solvi debet.*

(2) Gaius, *lib. 10 ad edictum provinciale*, D., *h. t.*, 65 : *Quod si eo tempore quo dividitur societas in ea causa dos sit, ut certum sit eam vel partem eius reddi non oportere, dividere eam inter socios iudex debet.* L'hypothèse d'une restitution partielle fait allusion aux *retentiones* que le mari peut exercer et qui restent en communauté.

socius doit faire pour pourvoir à l'établissement des enfants. Mais dans les autres formes de sociétés les règles applicables ne peuvent être que différentes; Papinianus décide que la constitution d'une dot ne devrait peser sur la communauté que dans le cas où une clause spéciale l'avait prévue (1). Il suppose qu'un associé a promis une dot à sa fille, puis meurt, la laissant comme héritier, mais la dot n'a pas encore été versée. Par la suite, la fille a agi en restitution de cette dot contre son mari; mais comme celui-ci ne pouvait être obligé de rendre ce qu'il n'avait pas reçu, et comme d'autre part la fille avait succédé aux obligations de son père, le tout s'est terminé par une acceptilation que lui a consentie son mari et qui l'a libérée en éteignant l'engagement paternel. Or, pour Papinien, dans cette décision, il importait de savoir s'il existait dans le pacte social une clause mettant la dot à la charge de la société, auquel cas la fille aurait pu agir *pro socio* afin de prélever la somme promise. En conséquence la société ne saurait supporter la charge de la dot de la fille d'un des associés, que si une clause l'a expressément prévue au moment de la formation du contrat; sans elle, sauf au cas de l'associé

(1) Papinianus, *lib. 9 quaestionum*, D., *h. t.*, 81 : *Si socius pro filia dotem promisit et prius quam solveret herede ea relicta decessit : quae postea cum marito de exigenda dote egit, accepto liberata est. quaesitum est, an, si pro socio ageret, dotis quantitatem praecipere deberet, si forte convenisset inter socios, ut de communi dos constitueretur. dixi pactum non esse iniquum, utique si non de alterius tantum filia convenit : nam si commune hoc pactum fuit, non interesse, quod alter solus filiam habuit. ceterum si numeratam dotem pater defuncta in matrimonio filia reciperasset, reddi pecuniam societati debuisse, pactum ex aequitate sic nobis interpretantibus. quod si salva societate divortio matrimonium solutum foret, cum sua causa dotem recipiari, scilicet ut ea vel alii marito dari possit. nec, si prior maritus facere non posset, denuo de societate constituendam dotem, nisi si nominatim ita convenisset. verum in proposito largiter interesse videbatur, dos numerata esset an vero promissa : nam si filia datam dotem, posteaquam patri heres exstitit, iure suo recepisset, non esse referendum pecuniam societati, quam mulier habitura fuit, etsi alius heres exstitisset : quod si accepto a marito liberata esset, nequaquam imputari posse societati non solutam pecuniam.*

de tous biens, la dette qui découle de la constitution d'une dot reste personnelle à chacun des associés.



La vie sociale entraînait pour celui qui était administrateur de la société comme pour celui qui agissait d'une manière toute fortuite, la nécessité de faire des impenses. Il est certain qu'il ne pouvait seul les supporter : la répartition de cette charge entre tous s'imposait, mais dans quelle mesure devait-on les considérer comme communes ?

Pour Labéon, le critère qui permettait de les distinguer trouvait sa raison dans le caractère de communauté de biens essentiel à toute société : ne pouvait être commune que l'impense faite dans la poursuite même de la vie commune et non l'impense faite à cause de l'existence d'une communauté : l'impense doit être *in societatem* et non *propter societatem*. Suivant Pomponien, qui rapporte l'opinion de Labéon, l'associé blessé en poursuivant des esclaves communs qui s'étaient enfuis, ne peut exiger le remboursement des frais de médecin ou autres dépenses (1). La question est comparable à la situation de l'un des associés qui, pour mieux administrer les biens communs, aurait négligé sa fortune personnelle : il doit être seul à en supporter les effets, car les gains issus de cette fortune lui sont personnels. Il en est de même pour celui qui n'aurait pas été institué héritier parce qu'associé : la perte qu'il

(1) Pomponius, lib. 13 *ad Sabinum*, D., h. t., 60, 1 : *Socius cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est : impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione Labeo ait, quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit, sicuti si propter societatem eum heredem quis instituere desisset aut legatum praetermisisset aut patrimonium suum negligentius administrasset : nam nec compendium, quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium, veluti si propter societatem heres fuisset institutus aut quid ei donatum esset.*

subit de ce fait n'incombe qu'à lui, car seul il aurait pu profiter de l'héritage. Peu importe donc que l'associé se soit conduit conformément au but social, seul l'acte accompli *in societatem* sera commun.

Mais avec Julien, les principes étaient profondément modifiés : Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 61 : *Secundum Julianum tandem et quod medicis pro se datum est recipere potest, quod verum est*. L'associé blessé par les esclaves fugitifs peut obtenir le remboursement de ses frais de médecin, car si son acte n'est pas sorti directement de la poursuite de l'activité commune, il a toutefois été directement provoqué par elle : ce n'est pas un acte *ex societate* ou *in societatem*, mais il a été accompli *propter societatem*. Ulpien consacre d'ailleurs ce nouveau critère en rapportant la décision de Julien et la déclarant seule exacte : *quod verum est*.

Les textes offrent un certain nombre d'exemples d'impenses. Un associé part en voyage pour le compte de la société, il va acheter des marchandises en province : il imputera à la société le montant de toutes ses dépenses : frais d'auberges, dépenses pour chevaux et chariots, soit pour lui, soit pour ses muletiers, soit pour le transport de ses marchandises (1). Un associé a fait au nom de ses coassociés la vente d'un bien commun et cette opération lui a occasionné des frais auxquels tous doivent participer : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 67, *pr.* : *Quod si iam damnum passus est, hoc ei praestabitur*. D'une manière générale tout associé peut se faire rembourser les impenses qu'il aura faites pour assurer la marche du commerce commun : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 67, 2 : *si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio : iudicio societatis servabit...*, ou la con-

(1) Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., 47, 2, *Pro socio*, 52, 15 : *Si quis ex sociis propter societatem profectus sit, veluti ad merces emendas, eos dumtaxat sumptuum societati imputabit qui in eam rem impensi sunt : viatica igitur et meritoriorum et stabulorum, iumentorum carrulorum vecturas vel sui vel sarcinarum suarum gratia vel mercium recte imputabit.*

servation de biens qui lui étaient propres, mais dont la réparation devait être faite par la société : Gaius, *lib. 25 ad edictum prov.*, D., 39, 2, *De damno infecto*, 32 : *sed movet me, quod ipse meas aedes reficere possim et impensas pro socio... iudicio pro parte consequi...* (1).

Les impenses peuvent donc être multiples et diverses : elles ressortent naturellement et fatalement des opérations nécessaires de la vie sociale. Mais quand seront-elles vraiment faites *propter societatem*? Les textes normalement déclarent que l'impense doit avoir été faite pour la chose commune *in eam rem* (2) ou *in eas res* (3). L'impense remboursable doit être née à cause de la vie sociale, *propter societatem*, conforme au but économique envisagé par les associés et porter directement sur un des biens communs, *in eam rem*.

A cette question des impenses se rattache celle de la participation des associés aux réfections accomplies sur un bien commun par un associé quelconque, non autorisé ni par le pacte social, ni spécialement par le consentement de ses coassociés. Pour Gaius, le principe est que le consentement de tous est nécessaire pour que ces frais puissent être nécessairement remboursés (4). Cependant Gaius dans un cas particulier semble avoir admis que tout associé pouvait engager ces dépenses, sauf clause contraire du pacte social (5). Un seul

(1) Pour BESELER, *Beiträge*, III, 56, ce texte doit être interpolé : *meas* et *mihi* doivent être remplacés par *eas*. On pourrait ainsi comprendre le texte comme donnant le droit aux associés de réparer librement la chose commune, mais cette correction aboutit à admettre un principe de liberté en faveur des associés, contraire aux principes classiques. Cf. RICCOBONO, *Communio*, p. 82.

(2) Cf. Gaius, *lib. 10 ad edictum prov.*, D., *h. t.*, 34; Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., *h. t.*, 52, 15.

(3) Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 38, 1.

(4) Gaius, *lib. 7 ad edictum prov.*, D., 8, 2, *De serv. praed. urban.*, 8 : *Parietem qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum, demolendi eum et reficiendi ius non est, quia non solus dominus est.*

(5) Gaius, *lib. 28 ad edictum prov.*, D., 39, 2, *De damno infecto*, 32 :

édifice est commun ; l'un des associés y a fait des réparations et tous devront lui rembourser le montant de ces frais, sinon l'action *societatis* lui est accordée ; mais ce texte est gravement interpolé (1), aussi la règle classique subsiste : lorsqu'un associé quelconque a de sa propre autorité engagé des dépenses aussi importantes, il ne saurait en obtenir un remboursement intégral de la part de ses associés ; ils ne sont débiteurs à son égard que dans la mesure où il y a eu enrichissement sans cause.

Mais si la reconstruction, ou les grosses réparations ont été reconnues par tous les associés, et si l'un des associés débiteurs ne restitue pas dans les quatre mois sa part dans la dépense, l'associé créancier acquiert la part de cet associé dans le bien, suivant la disposition d'un sénatus-consulte de l'époque de Marc-Aurèle (2).

Si aedibus meis proximae sint aedes meae et tuae, quaeritur, an, si hae vitium mihi faciant, cavere mihi debeas pro damno propriarum mearum aedium, scilicet pro qua parte dominus existeris. et hoc plerisque placet : sed movet me, quod ipse meas aedes reficere possim et impensas pro socio aut communi dividundo iudicio pro parte consequi. nam et si unas aedes communes tecum habui eaeque vitium faciant et circa refectionem earum cessare videaris, nostri praeceptores negant cavere te debere, quia ipse reficere possim recepturus pro parte, quod impenderim, iudicio societatis aut communi dividundo : ideo et interpositam cautionem minus utilem futuram, quia alia ratione damnum mihi posset sarciri. et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit : quod et in superiore casu intellegendum est.

(1) Pour certains auteurs, en particulier RICCOBONO, l'interpolation de ce texte est certaine : d'une manière générale, il s'oppose à la doctrine classique : D., 10, 3, *Communi div.*, 28. D'ailleurs, dans le texte, Gaius semble prendre en considération la réparation du dommage et non la question de compensation des impenses entre les associés ; question qui diffère de celle que Gaius analyse dans ce même texte immédiatement avant. Enfin la dernière phrase : *et est plane...* n'est qu'une simple répétition des idées précédentes et son caractère interpolé ne peut faire de doute : en ce sens, RICCOBONO, *Communitio*, p. 82 ; BESELER, III, p. 56 ; KRUEGER, D., *ad h. l.*

(2) Ulpian, *lib. 31 ad edictum*, D., *Pro socio*, 52, 10 : *Idem respondit : socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, quamvis*



Paul, *lib. 6 ad Plautium*, D., 29, 1, *De usuris et fructibus*, 38, 9 : *sed in societatibus fructus communicandi sunt*. Dans les sociétés, on doit mettre en commun les fruits issus des biens dont les associés sont propriétaires ou usagers. Ces fruits sont ce que le bien produit et reproduit périodiquement, soit qu'il s'agisse de fruits tirés d'un champ, d'une terre ou de revenus obtenus par le prêt d'une somme d'argent ou toute autre opération. Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 38, 1 : *Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes... quos fructus ex his rebus ceperis..., pro socio... me consecuturum... Proculus ait*.

Mais tous les revenus des associés ne sont communs que dans la mesure où le pacte social ou à son défaut la loi suivant la forme sociale adoptée, l'ont prévue. Dans une société particulière, ne peuvent être communs les revenus d'un bien personnel à l'un des associés. Ulpien donne l'exemple de deux banquiers, pour qui n'étaient communs que les revenus provenant des opérations de banque et qui gardaient donc comme revenus propres ceux qu'ils pouvaient acquérir dans d'autres opérations commerciales (1). Au cas de prêt à intérêts fait au nom de tous les associés, les intérêts doivent aussi revenir

aut sortem cum certis usuris intra quattuor menses, postquam opus refectum erit, recipere potest exigendoque privilegio utetur aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur quod sua intererat. finge enim malle eum magis suum consequi quam dominium insulae. oratio enim dini Marci idcirco quattuor mensibus finit certas usuras, quia post quattuor dominium dedit.

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., h. t., 52, 5 : *cum duo erant argentarii, alter eorum aliquid separatim quaesierat et lucri senserat : quaerebatur, an commune esse lucrum oporteret, et imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit : « etiamsi maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaesiit, id ad communionem non pertinere explorati iuris est.*

à tous les associés, car tous courent les risques d'un mauvais prêt (1).

Ces revenus pouvaient comprendre des intérêts dus par les associés pour certaines dettes envers la société. Par le fait même, pour un associé quelconque, de détenir des fonds sociaux, il n'en résulte pas nécessairement pour lui cette obligation de payer des intérêts : il ne doit en principe que le principal de sa dette. Même si l'associé a prêté les deniers communs en son propre nom, il peut garder pour lui les intérêts, parce qu'il court lui-même les risques de perte du capital, ce qui est assez étrange en tant que décision, car par cet acte bien qu'il ne commette pas un acte frauduleux, son acte est certainement critiquable du point de vue des intérêts de la société. Mais Pomponius décide qu'un associé débiteur de la société mis en demeure, devient au contraire non seulement comptable des fonds qui lui ont été versés, mais aussi des intérêts (2). De plus, le cas échéant, si le dommage que peut causer son retard aux associés, dépasse le montant des intérêts, l'associé devra la réparation de tout le préjudice.

Dans certains cas toutefois, en dehors d'une mise en demeure, un associé devait aussi les intérêts. L'associé gérant ou non, a, par exemple, détourné certains fonds ou les a employés à ses besoins personnels : comme il a voulu tirer un

(1) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 67, 1 : *Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam faeneraverit usurasque perceperit, ita demum usuras partiri debet, si societatis nomine faeneraverit : nam si suo nomine, quoniam sortes periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet.*

(2) Pomponius, *lib. 13 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 60, *pr.* : *Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse : sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra esse : item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas.*

profit illicite, il est légitime qu'il soit condamné à verser les intérêts de ces sommes (1).



Dans toute société, les biens sociaux étaient communs pendant une durée plus ou moins longue, or pendant ce temps, au cas de perte de l'un de ces biens, tous les associés vont-ils supporter cette perte? Ulpien pose ce principe : si un des biens communs vient à être entièrement détruit, la perte doit être supportée par tous les associés. Deux individus se sont associés pour former un quadriga et le vendre : l'un a apporté trois chevaux, l'autre un seul cheval. Avant la vente le quadriga leur est commun, ils n'ont pas limité leur but à la seule vente des chevaux. Or le seul cheval que l'un d'eux a apporté vient à mourir : son ancien propriétaire ne perd cependant aucun droit sur les trois autres chevaux. La perte doit être commune (2). La même règle s'applique au cas où l'un des associés ayant reçu une somme d'argent, l'a perdue au cours d'un voyage qu'il accomplissait pour le compte de la société. Celse remarque, alors, simplement, que pour que la perte incombe à tous les associés, il faut qu'une société existe réellement entre les copropriétaires de la somme d'argent perdue (3).

(1) Papinien, *lib. 2 quaestionum*, D., 21, 1, *De usuris...*, 1, 1 : *Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit vel in suos usus converterit, omnimodo etiam mora non interveniente prestabuntur usurae.*

(2) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 58, pr. : *tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis : cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi : non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.*

(3) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., h. t., 58, 1 : *item Celsus tractat, si*

Mais les dommages que supportera l'ensemble des associés devront avoir été provoqués par un exercice normal de l'activité sociale : dès que par sa faute un associé aura usé d'un bien commun, tout risque ne pourra être qu'à sa charge. Suivant un texte d'Ulpien, *lib. 20 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 3, le berger auquel est confié un troupeau estimé, dont une partie lui est volée par des brigands ou détruite par un incendie, ne pourra supporter seul cette perte. Mais au contraire si une faute, comme celle d'avoir mal gardé le troupeau, peut lui être reprochée, tout le dommage retombera sur lui ; en principe, donc, si la perte est survenue par son dol ou sa faute, il supporte seul les conséquences des *damna fatalia* (1).

En définitive toute perte d'un bien commun, toute impossibilité de continuer l'exécution d'un apport en jouissance ou en industrie tombent à la charge de tous les associés, mais

pecuniam contulissemus ad mercem emendam et mea pecunia perisset, cui perierit ea. et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire, ut puta si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periit. — De même : Ulpien, lib. 30 ad Sabinum, D., h. t., 52, 3 : quidam sagariam negotiationem coierunt : alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit resque proprias perdidit. dicit Iulianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnosce debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quos secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. sed et si quid in modicos impensum est, pro parte socium agnosce debere rectissime Iulianus probat. proinde et si naufragio quid periit, cum non alias merces quam navi sole-rent advehi, damnum ambo sentient : nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit.

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., h. t., 52, 3 : *Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare : ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit : quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata.* En ce sens, PARIS, *La responsabilité de la custodia*, thèse Nancy, 1926, p. 143.

à la condition qu'aucune faute ne puisse être imputée à l'un des associés, auquel cas la perte devrait lui être entièrement imputée.



La vie sociale se présente dans les rapports entre associés comme très complexe : d'une part l'associé pourra se prévaloir de certains droits de créance, d'autre part il sera débiteur de revenus ou de la valeur d'un bien social perdu par sa faute. Mais pouvait-on compenser ces créances et ces dettes, en les faisant entrer pour ainsi dire dans un compte courant unique et propre à chaque associé ? Ulpien et Pomponius admettent des solutions différentes ; en effet, il est certain que cette question ne pouvait être définitivement réglée à l'époque classique, étant donnée l'évolution que devait suivre la théorie générale de la compensation. Pomponius admettait la possibilité d'une compensation ; mais Ulpien, s'appuyant sur une décision de Marcellus, considère cette compensation comme juridiquement impossible (1) : si un esclave qui appartient en propre à un associé, a assuré à la société dont fait partie son maître des bénéfices importants, mais provoqué par la suite quelques pertes par sa négligence ou par une affaire mal conduite, l'associé ainsi créancier et débiteur ne peut compenser *ipso iure* ses obligations et ses créances (2).

(1) Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., *h. t.*, 23, 1 : *Idem quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebeuit, debeat. et ait compensandum. quod non est verum, nam et Marcellus libro sexto digestorum scribit, si servus unius ex sociis societati a domino praepositus neglegentur versatus sit, dominum societati qui praeposuerit praestaturum nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno : et ita divum Marcum pronuntiasse, nec posse dici socio : abstine commodum, quod per servum accessit, si damnum petis.*

(2) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 26 : *< Et ideo > si socius quaedam neglegenter in societate egisset, in plerisque autem socie-*

Toutefois un texte d'Ulpien semble s'opposer à cette règle classique, mais son interpolation ne fait aucun doute (1). Les dettes des associés naissent normalement *ex dispari causa*; aussi une compensation entre les deux groupes d'obligations ne saurait exister *ipso iure* (2). Ce n'est qu'à l'époque de Justinien que les règles seront profondément modifiées en cette matière. A l'époque classique, la compensation n'aurait pu se produire que si les associés avaient été d'accord ou si, devant le juge, le défendeur à l'action *pro socio* l'avait imposée par le moyen d'une exception de dol. La menace de l'insertion d'une exception de dol pouvait seule obliger le créancier demandeur à opérer lui-même la réduction du montant de sa créance (3).

II. — *La responsabilité de l'associé.*

SOMMAIRE. — Jusqu'au début de l'époque classique, l'associé ne répond que de son dol. — La responsabilité de l'associé qui fait un apport en industrie : le dol et la *culpa*. — L'associé ne doit pas la *diligentia quam suis*. — Tout associé, à l'époque classique, est responsable de son dol et de sa *culpa*.

Par le contrat de société, tout associé s'était engagé à de multiples obligations; mais, dans leur exécution, chacun devait-il agir comme aurait agi un bon père de famille, ou ne devait-il apporter que cette seule diligence, qui lui était permis d'apporter dans ses propres affaires, ou enfin n'était-il responsable

tatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia, ut Marcellus libro sexto digestorum scribsit.

(1) Ulpien, lib. 63 *ad edictum*, D., 16, 2, *De compensatione*, 10, pr. : *Si ambo socii parem negligentiam societati adhibuimus, dicendum est desinere nos invicem esse obligatas ipso iure compensatione facta, simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit. qua eadem quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso iure invicem liberationem.*

(2) En ce sens, PERNICE, *Labeo*, II, 1, 2^e éd., p. 93.

(3) En ce sens, GIRARD, *Manuel* ⁶, p. 716 et s.

que d'un acte frauduleux, gravement dommageable aux intérêts de ses coassociés ? La solution d'un tel problème est spéciale ; car la mesure de la responsabilité de chacun se présente dans le contrat de société avec une importance, semble-t-il, d'autant accrue que la confiance entre tous les membres y est plus intime et plus forte.

*

Il est à peu près certain qu'originellement l'associé n'était responsable que de son dol : cette règle s'impose au moins jusqu'à Celse, donc jusqu'aux débuts de l'époque classique.

En effet, Ulpien demandant si l'associé est responsable de son dol seulement ou de son dol et de sa faute, cite une réponse de Celse (1) : « L'associé, dit-il, doit répondre de son dol et de sa faute. Si en contractant la société, ajoute-t-il, l'un d'eux s'engage à fournir le produit de son art ou de son industrie, comme par exemple lorsqu'on donne un troupeau à faire paître en commun, ou des terres à cultiver, tout en partageant les fruits, alors cela ne fait aucune doute que l'associé répond même de sa faute : car le prix de son travail ou de son art en est l'équivalent naturel. Lorsqu'il a commis un dommage à la chose commune, il admet plutôt qu'il répond aussi de sa faute ». L'associé répond donc de sa faute et de son dol à l'égard de ses coassociés. Principe qui semblerait indiscutable, si dans ce même texte, Celse ne venait, immédiatement, en parlant de l'associé dont l'apport n'est qu'un apport en industrie, décider que ce dernier est non seulement responsable de son dol, mais aussi de sa faute : *ibi etiam culpa praestanda est*.

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum, D., h. t., 52, 2* : *utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit : socios inter se dolum et culpam praestare oportet, si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est : pretium enim operae artis est velamentum, quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire.*

Etant donné le développement de l'idée de Celse, cette dernière partie du texte se présente comme étant tout à fait authentique : on ne pourrait en effet décider que l'associé simple travailleur répondrait d'une responsabilité adoucie. On ne peut donc admettre pour lui une simple responsabilité pour dol. D'ailleurs les termes mêmes de Celse : *etiam culpa praestanda est*, marquent que Celse voulait par cette décision exiger une responsabilité plus lourde, nouvelle, tout en la limitant à un cas particulier de société. Or elle ne s'oppose pas au principe admis dans la première phrase : la première partie du texte doit donc être interpolée : l'associé ordinaire n'était pas responsable de sa *culpa* et la règle générale posée par Celse ne pouvait être que celle-ci : *Socios inter se dolum (tantum) praestare oportet* (1).

Bien des raisons viennent permettre de comprendre cette responsabilité restreinte de l'associé. L'associé doit respecter la bonne foi : Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 1 : *venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides* : or le dol est originairement et avant tout la rupture de la bonne foi. Cette notion s'entendait d'une manière plus étendue et plus complexe que la notion classique (2). En effet, par sa simple définition, le dol est l'opposé de toute bonne foi : il est tout acte qui provoque une rupture grave et ce n'est que dans la suite seulement que la notion d'acte prémédité et calculé s'imposera. C'est dans ce sens large que l'on trouve l'emploi de la formule *sine dolo malo* dans la loi Quinctia de 745 de Rome : *aedificare ponere... demoliri damnas esto sine dolo malo* (3). De même dans l'em-

(1) En ce sens, BRASSLOFF, *Wiener Studien*, t. 24, Critique des textes, p. 566.

(2) MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 330, n. 83 ; BRASSLOFF, *op. cit.*, p. 566 ; KÜBLER (B.), *Das Utilitätsprinzip. Festgabe O. Gierke*, 1910, p. 254 ; PER-NICE, *Labeo*, II, 2^e éd., II, 1, p. 188, n. 7 ; MAYR (R.), *Römische Rechtsgeschichte*, 1912, II, 2, p. 9 ; JÖRS, *Röm. Recht.*, 1927, p. 167 ; ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Naples, 1921, p. 279.

(3) GIRARD, *Textes*⁵, p. 105, n. 17.

ploi de la *clausula doli*, les parties par la stipulation, voulaient s'assurer l'exécution des obligations tout simplement *cum bona fide* (1). Le dol est donc tout acte, qui, en face d'intérêts opposés, bien qu'il ne soit prémédité, sera néanmoins un acte punissable et une telle notion répond à la situation de tout associé.

D'ailleurs à cela s'ajoute cette considération relative aux relations normales entre associés : on ne pouvait user en ce qui concerne des rapports aussi intimes et profonds des mêmes règles qu'au cas d'un contrat de vente. Dans la *societas*, le caractère commercial était primitivement absent, et il ne pénètre que lentement.

Mais cette responsabilité se comprend surtout par la nature de la sanction aux origines. Les rapports durables établis par une société devaient provoquer de fréquents conflits dus à des abus ou à des négligences. Or la sanction est l'action *pro socio* dont la condamnation était infamante. Sanction souvent disproportionnée par sa gravité, étant donné le peu d'importance de l'acte parfois accompli. D'ailleurs, en d'autres domaines, l'effet infamant des actions semble tendre vers une limitation de la responsabilité. Modestin est net : *Coll.*, 10, 2, 4 : « L'infamie, déclare-t-il, frappe le dépositaire condamné, mais non pas le commodataire, car en effet le premier n'est condamné qu'en cas de dol, l'autre au contraire l'est au cas de faute » (2). Donc à une sanction aussi grave ne pouvait correspondre qu'une violation directe et grave de la bonne foi : elle ne s'appliquera donc qu'au cas de dol (3).

L'associé ordinaire dans ses rapports avec les autres associés n'est donc responsable que de son dol et sans aucun doute jusqu'au début de l'époque classique.

(1) En ce sens, MITTEIS, *Röm. Privatr.*, p. 317.

(2) Modestin, *Coll.*, 10, 2, 4 : *depositi damnatus infamis est : qui vero commodati damnatur non fit infamis, alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur.*

(3) MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, p. 324; RABEL, *Grundzüge*, 1915, p. 478.



Le principe posé par Celse, décidant que l'associé qui fait à la société un apport en industrie est responsable de son dol et de sa faute, est non moins bien établi que le principe plus ancien : *si in coeunda societate, inquit (Celsus), artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est* (1). Comment comprendre cette exception aussi nette au principe général. Le berger auquel est confié un troupeau ou le *politor* qui a promis de soigner un champ pour partager ensuite les fruits avec le propriétaire ne peuvent naturellement pas répondre uniquement de leur dol ; les rapports qui les unissent au propriétaire ne sont plus de ces rapports de confiance absolue comme ceux qui régnaient entre associés de tous biens et qui ne pouvaient que se perpétuer comme rapports des associés, apporteurs de biens. Que par leur négligence, un dommage quelconque frappe le bien commun, leur responsabilité ne pourra être celle du propriétaire ou du copropriétaire de ce bien ; car il n'appartient ni à eux, ni même à tous les coassociés ; il n'appartient en pleine propriété qu'à l'autre associé (2). Aussi c'est la nature elle-même du contrat de société qui permet de rendre compte de la dualité des règles au I^{er} siècle après J.-C. A l'époque républicaine, la *politio* ou les cas de *pecus in commune pascendum dare* n'étaient que des cas de *locatio-conductio*. L'apport d'un semblable travail admis comme égal en valeur à un apport en capital, en a permis l'apport à la formation d'une société à la fin de la République ou au début de l'Empire. En réalité donc pour Celse, la responsabilité est renforcée bien qu'il y ait société, parce

(1) D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 2.

(2) Cf. KÜBLER, *Utilitätsprinzip*, p. 254.

qu'autrefois, simple contrat de travail, la *politio* emportait la responsabilité pour *culpa* comme pour dol, et même admise comme forme d'association, aucune modification n'apparaissait nécessaire, les mêmes raisons militant toujours en faveur des mêmes effets.

D'ailleurs l'associé qui recevait ainsi un bien, appartenant en propre à son coassocié, voyait encore s'imposer à lui une responsabilité nouvelle : il devait *praestare custodiam* (1) : responsabilité distincte de sa responsabilité pour *culpa*, pour défaut de *diligentia*, elle obligeait l'associé à réparer le dommage causé à la chose qui lui avait été remise par ses coassociés (2).

C'est pourquoi l'associé répond du *furtum*, du vol simple : Ulprien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 3 : *quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est; quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit*. Mais sa responsabilité disparaissait si le dommage résultait d'un cas de force majeure : il ne répondait pas des *damna fatalia*. Ulprien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 3, reconnaît le principe dans ce cas particulier : l'associé a reçu du bétail après estimation ; il lui est volé par des brigands ou a péri dans un incendie, le dommage sera supporté par tous les *socii* (3).



Entre associés ordinaires, à l'époque de Gaius, la responsa-

(1) En ce sens, PARIS (J.), *La responsabilité de la custodia*, thèse Nancy, 1926, p. 143.

(2) Il faut, en effet, distinguer *diligentia* et *custodia* que doit le *politor* ou le berger, car même au cas de *latrocinium* ou d'*incendium*, il serait responsable de la perte si l'accident était survenu par son dol ou par sa faute : D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 3 : *...si nihil dolo aut culpa acciderit eius*.

(3) Ulprien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 3 : *Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare : ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est*.

bilité semblerait obéir à de nouveaux principes : Gaius, *lib. 2 cottidianarum rerum*, D., *h. t.*, 72 : *Socius socio etiam cul-pae nomine tenetur, id est desidiaae atque neglegentiae, culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est : sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet.*

L'associé est tenu, dit Gaius, à l'égard de son coassocié à réparation du dommage causé par sa *culpa*; il est responsable du défaut de soins et de sa négligence. Mais la faute ne correspond pas à la violation d'une *diligentia* très stricte, comme celle qu'aurait assurée un *paterfamilias* diligent; au contraire, il suffit que l'associé apporte dans les affaires communes une diligence comparable à celle qu'il a coutume d'observer dans la conduite de ses affaires personnelles, car, ajoute-t-il, l'associé qui s'unit à un homme peu diligent, ne doit se plaindre que de lui-même.

Principe nouveau qui vient modifier totalement le principe si simple de Celse. Mais ce texte est très certainement interpolé. En effet cette responsabilité au cas de non observation de la *diligentia quam suis* ne joue entre associés que dans le cas où l'associé commet une *culpa lata* (1); or les nuances dans les diverses fautes contractuelles ne sont que le résultat d'un travail postclassique (2). Le texte lui-même révèle l'interpolation : l'emploi de *etenim* est très rare chez Gaius (3); mais la présence de *adhibere solet* sans sujet est surtout l'indice d'un remaniement postérieur.

Donc, à l'époque classique, l'associé pouvait être responsable ou de son dol ou de sa *culpa* ou simplement de son dol.

(1) Celse, *lib. 11 digestorum*, D., 16, 3, *Depositum vel contra*, 32. Cf. KÜBLER, *Utilitätsprinzip*, p. 245 et s.

(2) En ce sens, KÜBLER, *op. cit.*, p. 254; MITTEIS, *R. P.*, I, p. 333; MAYR, *Röm. Privat.*, II, 2, p. 10; JÖRS, *Röm. Recht.*, p. 168; ARANGIO-RUIZ, p. 283;

(3) KÜBLER, *die Haftung für Verschulden*, Z. S. S., 39, 1918, p. 179. *contra*, BESELER, *Beiträge*, II, p. 37.



Pour l'époque de Celse nous avons reconnu la seule responsabilité pour dol, nous appuyant surtout sur le caractère infamant de l'action *pro socio*, or malgré cette rigueur qui la caractérisera jusqu'à Justinien, ne peut-on admettre une extension certaine de la responsabilité entre associés? Modestin déclare au sujet de la fiducie (1) : *sed in ceteris quoque partibus juris ista regula custoditur : sic enim et in fiduciae iudicium dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit*. Donc au cas de fiducie, bien que l'action *fiduciae* fût infamante (2), la responsabilité à l'époque classique, étant donnée l'utilité certaine que cet acte procure aux contractants, existe au cas de dol et de faute. Cependant au cas de dépôt, l'effet infamant de l'action semble avoir gardé toute son influence limitative de la responsabilité, car Modestin dit que l'infamie frappe le dépositaire condamné, mais non pas le commodataire, car en effet le premier n'est condamné qu'en cas de dol, l'autre au contraire l'est au cas de faute (3).

Le problème se pose donc pour la société, mais pour en rechercher la solution il semble que l'on ne puisse plus, devant les textes de Modestin, user du critère fourni par la distinction entre l'action infamante et l'action non infamante : historiquement pour les périodes antérieures il avait sa valeur ; mais à l'époque classique la sanction des rapports entre associés doit s'apprécier suivant l'utilité plus ou moins grande qu'ils retirent des affaires sociales. Si pour le débiteur il n'y a

(1) Modestin, *Collatio*, 10, 2, 1 ; 2 ; 3.

(2) En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 534, n. 1 : il est certain d'ailleurs que dans la fiducie, la responsabilité pour dol était seule sanctionnée. Cf. ROTONDI cité par ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 279.

(3) Modestin, *Collatio*, 10, 2, 4 : *depositi damnatus infamis est; qui vero commodati damnatur non fit infamis : alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur*.

aucune utilité à retirer de son contrat, il n'est responsable que de son dol ; mais si cette affaire lui procure une certaine utilité, il est alors responsable de sa *culpa* (1).

Or il est certain que chaque associé trouve dans la poursuite de la vie sociale de multiples avantages : la recherche même d'un seul avantage utile à tous étant la raison d'existence de toute société. Les textes classiques gardent d'ailleurs des traces de ce changement, car à l'époque classique encore, le problème de la responsabilité provoque des discussions. Gaius lui-même posait le principe, D., 47, 2, *Pro socio*, 72 : *socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est desidiaae atque negligentiae*, alors que pour Ulpien le problème ne se présentait pas comme définitivement résolu : D., *h. t.*, 52, 2 : *utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur*.

Or ces deux textes d'Ulpien et de Gaius s'opposent nettement dans leurs conclusions : ils définissent différemment la responsabilité de tout associé : Ulpien admet la responsabilité pour dol et pour faute : Gaius pour dol et *culpa lata*. En réalité Celse n'admettait, dans le texte même d'Ulpien, pour l'associé ordinaire, que la responsabilité pour dol, et pour l'associé dont l'apport est fait en industrie, pour dol et pour *culpa*. D'autre part Gaius n'admettait pas la responsabilité limitée à la seule *culpa in concreto*, car son principe il l'énonce lui-même : *socius socio etiam culpae nomine tenetur id est desidiaae atque negligentiae* ; les négligences et l'absence de soins ce sont là des fautes dont il doit répondre. Or pour Ulpien il semble qu'on puisse admettre le principe nouveau : tout associé répond de sa *culpa* : l'emploi du terme *etiam* en est une preuve, et la question qu'il pose montre qu'à son époque ce nouveau point de vue était de plus en plus reconnu.

Mais au lieu d'analyser ainsi la responsabilité de l'associé évoluant tout d'abord vers une responsabilité plus lourde

(1) En ce sens, KÜBLER, *Utilitätsprinzip*., p. 237 et s.

pour diminuer à nouveau dans la suite, ne pourrait-on voir dans la *diligentia quam suis* un accroissement direct de la responsabilité de l'associé accompli à une époque beaucoup plus tardive. A l'époque classique l'associé n'aurait dû réparation que des suites de son dol, et seulement au Bas-Empire il aurait été responsable de son dol et de toute atteinte à la diligence qu'il doit au moins à ses propres affaires. La raison d'une telle aggravation pouvait être la recherche d'un allègement dans la charge de la preuve qui incombe à l'associé lésé : il est en effet plus facile de prouver l'existence d'une faute grossière plutôt que celle d'une faute volontaire et intentionnelle. Il suffisait inversement au défendeur de prouver que dans les faits reprochés, il avait agi avec autant d'attention que pour ses affaires personnelles (1). Gaius aurait donc dû lui aussi reconnaître le principe de la responsabilité limitée au dol : le fragment 72 aurait dû être ainsi corrigé : *socius socii culpa nomine non tenetur, quia qui parum diligentem sibi socium adquiret, de se queri debet* (2).

Mais ici une telle manière de voir se heurte au texte même de Gaius ; car tout en reconnaissant le bien-fondé de l'argument fourni par la nécessité de l'allègement de la preuve, les compilateurs pour justifier cette responsabilité limitée, invoquent une faute de la part de l'associé lésé, qui ne peut que compenser au moins en partie la faute de l'associé débiteur : le fait de s'adjoindre un associé négligent est en soi une véritable faute. Il y a donc faute de part et d'autre ; elles ne peuvent que se combiner, et pour Justinien seulement, aboutir à une responsabilité limitée. Les compilateurs ont voulu assurer à l'associé un adoucissement de sa responsabilité (3) ; en conséquence, à la fin de l'époque clas-

(1) En ce sens, DE MEDIO, *Bull. di. D. R.*, t. XVII, 1905, p. 5 et s. ; XVIII, 1906, p. 260 et s.

(2) En ce sens, KÜBLER, *Utilitätsprinzip.*, p. 253.

(3) En d'autres textes, ce caractère d'adoucissement de la responsabilité

sique tout au moins, l'associé devait être responsable de sa *culpa* (1).

Ulpien a repris d'ailleurs dans un texte, objet de nombreuses controverses, cette idée de responsabilité, en particulier celle de l'associé, en se basant sur le principe d'utilité. Il conclut non à l'admission de la responsabilité simplement pour dol, mais aussi à la responsabilité pour *culpa*, D., 50, 17, *De div. regulis iuris antiqui*, 23 : ce texte provient des *libri ad Sabinum*, dont il doit au moins garder l'idée essentielle, s'il n'en reproduit pas la terminologie exacte. Or dans les éléments reconnus comme étant certainement d'Ulpien se trouve cette règle : *societas et rerum communio et dolum et culpam recipit* (2). Donc ce

du débiteur apparaît par l'emploi de cette faveur de ne fournir que la *diligentia quam suis*, ainsi dans un texte de Paul : D., 10, 2, *Fam. ercisc.*, 52, 16 : *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum : non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens paterfamilias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit : talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus, eadem sunt, si duobus res legata sit : nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res.* De même, D., 18, 6, *De periculo et com. rei vend.*, 3 ; D., 44, 7, *De oblig. et act.*, 1, 4. En ce sens, KUNKEL, *Diligentia*, Z. S. S., 1925, t. 45, p. 288.

(1) En ce sens, KÜBLER, *Utilitätsprinzip.*, p. 252 ; PERNICE, *Labeo*, II², 2, p. 188 ; PARIS, *op. cit.*, p. 119, n. 1 ; *contrà*, MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, p. 333.

(2) En ce sens, HUVELIN, *Le furtum*, I, p. 354 ; SCHULZ, *Sabinus Fragmente in Ulpianus Sabinus Commentar*, Halle, 1906, p. 67 ; KUEBLER, dans son essai de reconstitution du texte D., 50, 17, 23 (*Utilitätsprinzip.*, p. 274) ; — *contrà*, MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, 324, n. 34 : pour ce dernier, la forme de ce texte n'apparaît pas comme très classique, et l'ordre imparfait suivi, semble-t-il, par Ulpien, montre que les choses ont été envisagées sans doctrine ; d'ailleurs, les cas de responsabilité *in concreto* sont distingués des cas de responsabilité ordinaire pour *culpa levis* : ce qui est une preuve certaine d'un remaniement du texte, mais pas nécessairement en ce qui concerne la *societas*. Aussi PERNICE, *Labeo*, II, 1, p. 146, veut dans ce texte envisager l'intervention des compilateurs comme n'ayant abouti qu'à des modifications de forme.

texte, bien qu'il ne permette d'établir avec toute certitude l'ensemble des règles relatives à la responsabilité contractuelle, permet néanmoins de relever à la charge de l'associé une responsabilité pour *culpa*. Enfin Ulpien, *lib. 28 ad edictum*, D., 13, 6, *Commodati vel contra*, 5, 2 : *sed ubi utriusque utilitas, vertitur, ut in emplo, ut in locato, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur* (1), reprend à nouveau cette idée que c'est l'intérêt que l'associé trouve dans les actes sociaux qui justifie l'étendue de sa responsabilité même pour *culpa*.

On peut donc conclure qu'à l'époque d'Ulpien et même de Gaius l'associé ordinaire, tout comme l'associé qui apporte son travail ou son art à l'époque de Celse, est responsable de son dol et de sa *culpa*. Le fragment 52, 2, au titre *Pro socio*, semble donc contenir une contradiction née non pas à l'époque de Justinien, mais peut-être dès l'époque classique.

III. — *La sanction des rapports entre associés.*

SOMMAIRE. — L'action *pro socio*. Elle ne sanctionne que les obligations nées d'un contrat de société. Elle est accordée durant la société ou à la liquidation de la société. Elle règle tous les rapports entre tous les associés. Elle est accordée à l'héritier de l'associé. — La condamnation de l'action *pro socio* est infamante. L'associé de tous biens condamné a le bénéfice de compétence. — Les sanctions spéciales de rapports nés dans la société et leur concours avec l'action *pro socio*. Le vol entre associés : l'action *furti* et la *condictio furtiva*. L'action *legis Aquiliae* au cas de société. — Du cas où les parties ont stipulé tout ou partie de leur pacte social et de l'exercice de l'action *ex stipulatu*. — Les cas particuliers d'exercice des actions *venditi* et *mandati* en cas de société.

Les rapports entre associés étaient sanctionnés par une action de bonne foi : l'action *pro socio*. Le prêteur accordait

(1) Dans ce membre de phrase ayant trait à la société, on ne saurait fournir de preuve en faveur d'une interpolation postclassique ou du Bas-Empire. Cf. en ce sens, ELSELE, *Z. S. S.*, t. II, p. 26; HUVELIN, *Le furtum*, I, p. 354.

la formule à tout associé; et l'Edit portait le modèle de l'action sanctionnant une *societas omnium bonorum* : *Quod A^s A^s cum N^o N^o societatem omnium bonorum coiit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o (alterum alteri) dare facere (praestare?) oportet ex fide bona, dumtaxat quod N^s N^s facere potest, eius, iudex, N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a.* (1). Action *ab utroque parte*, elle est essentiellement une action de bonne foi : Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 52, 1 : *venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides* (2); elle est d'un domaine très vaste réglant tous les rapports personnels, limitant cependant ses effets aux rapports nés contractuellement entre les associés d'une même société, au moment de la dissolution de la société comme pendant sa durée : Paul, *lib. 23 ad edictum*, D., 10, 3, *Com. div.*, 1 : *communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem* (3).

(1) En ce sens, LENEL, *Edictum perpetuum*, 1907, 2^e éd., p. 287; 1927, 3^e éd., p. 297; KNIEP, *Gai Commentar.*, p. 323 et 326, croit trouver dans le *pro Roscio comoedo* les preuves de l'existence d'une formule plus ancienne que celle que les textes classiques permettent de rétablir. Le contrat de société ayant nécessité à sa formation l'existence d'une *pactio*, la formule doit en faire mention, et usant des fragments du *pro Roscio comoedo*, 9, 25, il croit pouvoir la rétablir ainsi : *Quod A^s A^s arbitrium pro socio adegit N^m N^m, si aequum sit A^m A^m cum hac pactione in societatem admitti.*

(2) Gaius, IV, 62 : *Sunt autem bonae fidei judicia haec : pro socio...*

(3) Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 38, *pr.*; 1. Elle permet de déterminer la part de chacun dans les risques au cas de perte d'un bien commun : D., 17, 2, 58; elle assure le règlement des impenses : D., 10, 3, 19, 2; 17, 2, 5, 2, 10; 12; 17, 2, 60; 39, 2, 32; elle permet la répartition des dépenses : D., 9, 4, 10; 17, 2, 52, 13; 63, 5; 65, 13; 81; inversement elle assure la mise en commun de sommes acquises pour la société : D., 10, 3, 25; 15, 1, 19, 2; 17, 2, 52, 7; 63, 9; 19, 5, 13, 1; elle règle le montant des indemnités dues par chacun pour des dommages causés à la chose sociale par un associé ou un esclave commun : D., 4, 9, 6, 1; 11, 3, 9, *pr.*; 17, 2, 52, 3; elle assure en général la sanction des clauses du pacte social : D., 17, 2, 14; 41; 42; 71, *pr.*; ainsi que celle de toute faute contractuelle :

En principe, seul un associé peut agir *pro socio* contre un associé, cependant, Labeo, *lib. 6 posteriorum a Iavoleno epitomatorum*, D., *h. t.*, 84 (1), la donne contre le père mais avec la modification *quod iussu* quand l'associé était un fils de famille et contre le fils, ce qui ne pouvait se passer au cas d'esclave associé (2).

Deux problèmes se posent : l'étendue des rapports sanctionnés par l'action dès sa formation ; et la nature de ses effets au cas où l'action est intentée pendant la durée de la société.

Originellement l'action *pro socio* sanctionne-t-elle toutes les relations personnelles entre des individus copropriétaires d'un bien pour une cause juridique quelconque, legs, donation, achat en commun ou seulement les relations entre individus pour qui un bien est commun en vertu d'un contrat de société antérieur ? En effet, considérant avant tout la société simplement comme une communauté de biens, tout *socius*, au sens large du mot, ne pouvait-il par le fait de son caractère de *socius*, agir *pro socio*, donc user d'une action d'origine contractuelle pour sanctionner des rapports juridiques extra-contractuels ? Les textes classiques permettraient-ils de même d'établir qu'à l'époque de la République l'action *pro socio* a vu son champ d'application se restreindre, ne sanctionnant plus

D., 17, 2, 50 ; 52, 11 ; 39 ; ou du dommage causé même par un vol : D., 17, 2, 45.

(1) Labeo, *lib. 6 posteriorum a Iavoleno epitomatorum*, D., *h. t.*, 84 : *Quotiens iussu alienius vel cum filio eius vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societati spectata sit.*

(2) Le fils acquérait directement pour son père et s'engageait cependant lui-même. Ulpien, *lib. 4 disputationum*, D., 29, 2, *De adquir. vel omitt. hereditate*, 42, 1 : *Si in societate, quam vivo patre inchoaverat filius post mortem patris perseveraverit, Iulianus recte distinguit interesse, utrum rem coeptam sub patre perficit an novam inchoavit : nam si quid novum in societate inchoavit, non videri miscuisse hereditati patris scripsit.*

toutes les relations entre individus copropriétaires d'un bien, mais seulement les obligations nées d'un contrat de société (1)?

L'action *communi dividundo* donnait au juge le pouvoir de partager et celui de tenir compte des rapports d'obligation, qui avaient pu, à raison de l'indivision, se former entre les parties : *omnes res, quae sociorum sunt, communi dividundo iudicio inter eos separantur* (2); *sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo iudicio, ita etiam praestationes veniunt* (3).

Mais il est certain que primitivement le juge n'avait que le pouvoir de partager les *res corporales*. L'action *communi dividundo* sanctionne d'ailleurs non seulement toute *societas dividunda* (4), mais tout bien commun *dividundum* (5). Elle a donc un champ d'application très restreint, quoique ses effets soient certainement déjà très efficaces, car la menace d'un partage possible assure une sanction indirecte.

Mais le problème de l'emploi élargi de l'action *pro socio* se pose par ce fait que l'action *pro socio* est la seule action sanctionnant pendant un certain temps tous les rapports entre associés. En effet, bien qu'on ne puisse fixer que d'une manière très approximative la date d'apparition de l'action *communi dividundo*, il est certain qu'elle est plus jeune que l'action *familiae erciscundae* et même plus jeune que l'action *pro socio* (6). Aucun argument ne permet d'établir son

(1) En ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 9; KRÜGER, *C. R.* TRUMPLER, p. 460; POISNEL, *N. R. H.*, 1879, p. 256 et s.

(2) Paul, S., I, 18, 5; de même, Gaius, IV, 42; Ulpien, 19, 26.

(3) Ulpien, *lib. 19 ad edictum*, D., 10, 3, *Com. div.*, 4, 3.

(4) Paul, *lib. 60 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 28.

(5) Inst. Just., IV, 6, 20.

(6) En ce sens, BERGER, *Teilungsklagen*, p. 6; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 456; CUQ, *Institutions*, 2, 1908, p. 442, n. 7; BRUGI, *Riv. ital. per le scienze giur.*, 4, 1887, p. 376; KÜBLER (B.), *C. R.* BERGER, *Teilungsklagen*, *Kritische Vierteljahrschifte für gesetzgelunde*, 16, 1914, p. 459; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 9; AUDIBERT, *N. R. H.*, 1904, p. 293 et s.; AUDIBERT, *C. R.* BERGER, *Teilungsklagen*, *N. R. H.*, 1914, p. 642.

introduction à une date plus précise (1). De là Paul dit : *lib. 23 ad edictum*, D., 10, 3, *Com. div.*, 1 : *communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communionem rerum divisionem* (2).

De ce texte, à première lecture, on pourrait établir qu'avant la sanction de toute *communio* par l'action *communi dividundo*, l'action *pro socio* aurait été l'action générale; bien qu'elle n'ait pu assurer le partage des biens, étant donné le contenu de sa formule (3), elle aurait au moins réglé les rapports que faisait naître obligatoirement l'indivision entre ces *socii*. Ulpien semblerait indirectement confirmer cette thèse : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 10, 3, *Com. div.*, 3 : *in communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum, quae communes sint...* (4). On ne peut demander rien de plus que le partage : *nihil ultra divisionem*. Dès l'octroi par le préteur de l'action *communi dividundo*, toute

(1) Le premier document qui relate l'existence de l'action est un texte tiré d'une lettre de Cicéron à Trébatius : *Ad fam.*, 7, 12, 2; de 53 avant J.-C.

(2) Ce texte reconnaît que jamais dans l'action *pro socio* primitive, le juge n'a eu le droit de transférer la propriété, mais il nous permet de reconnaître avant tout que l'absence d'action de partage dans les débuts de la société soulève des difficultés pratiques plus graves que celles de l'existence ou non d'une action qui sanctionne les apports de quelques copropriétaires.

(3) En ce qui concerne le partage avant l'action *communi dividundo*, on doit admettre qu'au cas d'indivision d'origine successorale, l'action *familiae erciscundae* s'appliquait; mais que pour tous les autres cas de *communiones*, l'accord préalable des parties était nécessaire. Le partage ne pouvait être qu'amiable. Au cas de société, le contrat pouvait certainement prévoir cette éventualité et sanctionner au besoin cette obligation par une stipulation pénale.

(4) Kübler, *op. cit.*, p. 460, veut voir dans ce texte des traces d'une vieille règle de l'ancien droit. Cependant il nous semble au contraire qu'il y a ici une preuve très nette contre le domaine ainsi supposé de l'action *pro socio*, car Ulpien met en valeur très justement les insuffisances de l'action *communi dividundo* primitive sans signaler pour cela l'existence d'une autre sanction possible.

communio, contractuelle ou non, aurait pu être partagée et cela suivant le désir d'un seul associé; et, comme avant, dès l'apparition de l'action *pro socio*, leurs rapports internes durant et à la fin de l'indivision, auraient été sanctionnés par l'action de bonne foi *pro socio*.

Cependant c'est alors que les deux actions auraient vu leurs domaines respectifs, pour l'une se restreindre, pour l'autre s'accroître au point d'éliminer tout effet de la première sur la matière qu'elle réglait primitivement. Une telle évolution se serait même produite dès l'apparition de l'action divisoire; et tous les rapports entre copropriétaires, antérieurement sanctionnés, se seraient ainsi trouvés sans sanction jusqu'à l'époque peut-être tardive où l'action *communi dividundo* a sanctionné les *personales prestationes* dans toutes les *communiones*. Cependant les textes donnant des exemples où les associés disposent, soit des actions *pro socio* ou *societatis*, soit *communi dividundo*, seraient précisément des traces de ce domaine ancien et très vaste de l'action *pro socio* : Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 38, 1 : *si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait* (1).

(1) D., 11, 3, *De servo corrupto*, 9, pr.; 4, 9, *Nautae cap. stab. ut rec.*, 6, 1; 10, 3, *Com. div.*, 19, 2 et 25; 14, 3, *De institoria actione*, 19, 2 et 14; 15, 1, *De peculio*, 19, 2 et 27, 8; 39, 2, *De damno infecto*, 32; 45, 3, *De sol. et liberationibus*, 28, 1. De plus, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 9, croit pouvoir tirer une nouvelle preuve de ce domaine de l'action *pro socio* dans deux textes, D., 17, 22, *Pro socio*, 52, 12 et 10, 3, *Com. div.*, 19, 12. Dans ce dernier texte, tout d'abord, l'action *pro socio* est refusée aux parties, car il n'y avait entre eux pas même une communauté de biens. Quant au premier texte, il rapporte simplement l'existence d'une société dont le but nettement n'est pas commercial, mais qui est certainement une société assurant à chacun de ses membres un avantage commun et pécuniaire indéniable. Ces arguments perdent donc toute valeur. Pour TRUMPLER, cette évolution de la sanction sociale a eu une importance considérable dans l'évolution des règles de la société, l'histoire du contrat social étant pour lui celle de l'action *pro socio*.

Nous ne saurions admettre ce développement historique (1), car comment expliquer cette restriction du domaine d'application de l'action *pro socio*? Une raison se trouverait dans le fait du caractère infamant de l'action : elle eut été une sanction bien lourde et « les mœurs ne pouvaient supporter indéfiniment qu'un péril aussi grave planât sur toutes les communautés » (2). L'action aurait continué de s'appliquer dans le cas de *societas* parce que volontairement l'associé bravait ce danger : la sanction rigoureuse n'est accordée que pour les rapports contractuels. Ce point de vue en réalité est à repousser, car il méconnaît la notion véritable d'infamie (3) qui sanctionne la rupture de la *fides* par un associé et ne se comprendrait naturellement pas comme sanction de rapports naturels

La *societas omnium bonorum* n'était qu'une *communio*, or l'action *pro socio* sanctionnait tous les rapports communautaires, nés d'un contrat ou en dehors du contrat; dans cette mesure, donc, la *societas* était sanctionnée par l'action *pro socio*. La modification, dans le domaine d'application de l'action, se serait produite par le fait que l'action ne sanctionne plus les rapports entre des copropriétaires, mais les obligations entre des contractants; l'action *pro socio* tend à devenir la seule sanction du contrat de société. La société, de ce fait, serait devenue un contrat social, tendant à la formation d'une communauté sous la sanction de l'action *pro socio*. Une telle évolution ne peut cependant se concevoir qu'en reconnaissant à l'action *pro socio* un rôle très général; or un tel rôle ne peut être que refusé à cette action, toujours accordée comme sanction d'un contrat. D'ailleurs TRUMPLER ne semble pas indiquer les raisons directes de l'évolution du domaine d'application de l'action; il constate simplement.

(1) En ce sens, BERGER, *op. cit.*, p. 6, n. 2; FERRINI, *op. cit.*, p. 8.

(2) POISNEL, *op. cit.*, p. 531 : pour POISNEL, l'infamie serait, en réalité, la sanction particulière des obligations que ne manquait d'imposer à tous les membres des communautés anciennes, la *fraternitas*.

(3) POISNEL, *op. cit.*, p. 532 et s. La théorie de POISNEL est encore inexacte sur un point particulier : l'associé aurait été frappé d'infamie, non seulement au cas de dol, mais dans tous les cas où il aurait accompli une *culpa*. En réalité, l'associé n'était alors responsable que de son dol; il n'était frappé d'infamie que lorsqu'il avait rompu gravement la bonne foi qui anime tous ses rapports avec ses coassociés. C'est d'ailleurs devant la gravité de cette rupture de la bonne foi et l'importance toute spéciale de la *fides* dans la société, que se comprend la nécessité de cette sanction plus lourde qu'était la sanction infamante.

ou casuels. Mais surtout cette hypothèse exige que le changement de l'action *pro socio* se soit fait assez rapidement. En effet, bien que toutes nos sources soient postérieures à cette évolution, les textes ne contiennent aucune trace de ce premier emploi et cependant l'action *pro socio* aurait perdu ainsi la plus grande partie de ses cas d'application. D'ailleurs il eût été certainement plus facile d'effacer le caractère infamant de l'action *pro socio*.

Du reste les faits de l'antériorité de l'action *pro socio* et de l'apparition assez tardive de l'action *communi dividundo* ne sont d'aucune force pour autoriser la croyance en une confusion nécessaire, quant à leur sanction, entre la société et les *communiones*. D'ailleurs pratiquement la société exigeait une sanction; les autres communautés de biens étaient économiquement d'une importance bien moindre : le développement postérieur de l'action *communi dividundo*, peut-être très long, est une preuve suffisante. Quant aux exemples nombreux où les actions *pro socio* et *communi dividundo* sont rapprochées en un même texte, ils montrent simplement l'existence du domaine commun que pouvait sanctionner, suivant les cas, l'une ou l'autre action; mais de telles décisions sont dues non à une diminution de l'importance de l'action *pro socio*, mais à un perfectionnement progressif des règles juridiques et de la sanction des indivisions ordinaires. Enfin, du texte même de Paul, D., 10, 3, *Com. div.*, 1, on ne peut en déduire qu'une règle certaine, c'est que l'action *pro socio* n'a jamais pu assurer aux associés un partage de leurs biens communs : sa formule n'a jamais pu contenir une *adjudicatio*. En conséquence, tout en reconnaissant nettement qu'à toute société correspondait nécessairement une communauté de biens, il faut admettre que l'action *pro socio* ne réglait que les rapports entre des associés tenus par un lien contractuel.

Les associés pouvaient-ils agir *pro socio* sans entraîner la dissolution de la société, ou ne pouvaient-ils l'obtenir que pour régler entre eux la liquidation des rapports nés du contrat? Enfin ne pouvait-on agir dès la formation du lien contractuel pour obliger l'un des associés à faire l'apport promis?

Au début de l'époque formulaire, l'action *pro socio* n'aurait été accordée qu'à la dissolution de la société et non pendant la société (1). En effet Ulpien pose ce principe : *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 63, 10 : *societas solvitur... ex actione*, et Paul surtout : *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, *pr.* : *actione distrahatur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis*. De ces textes, traduisant *actio* par formation de l'action, on devrait admettre le principe que l'action *pro socio* ne peut servir qu'à la dissolution de la *societas*. A la période classique, le principe aurait évolué, car des textes prévoient son application *manente societate* (2). On ne peut donc avant l'époque classique user de l'action *pro socio* sans entraîner fatalement la dissolution de la société (3).

Mais cette opinion est à repousser : on ne peut douter que l'action *pro socio* n'ait pu même sous la République être formée pendant l'existence de la société : son but n'était que d'assurer la sanction des demandes personnelles nées de la communauté et pendant la communauté. Il est toutefois certain que son cas d'application le plus normal est le moment de la dissolution de la société; car fondée sur une bonne foi toute

(1) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 659-660; BECHMANN, *Kauf*, I, p. 487.

(2) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 65, 15.

(3) KARLOWA, *op. cit.*, tire argument du fait que l'action *pro socio* suffit à la dissolution d'une société de plusieurs personnes, D., *h. t.*, 52, 14, et enfin d'une comparaison avec l'action de tutelle qui n'est accordée que lorsque la tutelle a pris fin : la comparaison serait possible parce que toutes deux sont des *bonae fidei iudicia generalia*.

particulière, la dissolution seule pouvait régler des contestations que l'amitié et l'intimité des relations n'avaient pu résoudre. L'exercice d'une activité commune où chacun a fait confiance à son coassocié ne peut plus se poursuivre dans presque tous les cas dès qu'une action doit intervenir pour régler leurs rapports. Mais ce sont là des questions de pur fait qui n'empêchent nullement d'admettre la possibilité même d'une sanction judiciaire et infamante entre des copropriétaires toujours associés : leurs relations d'amis et d'associés n'en peuvent que souffrir, mais elles peuvent néanmoins se poursuivre. Dans les textes d'ailleurs, nous n'avons aucune indication permettant de restreindre ainsi l'application de l'action ; car le fragment 65 de Paul établit entre l'action et la stipulation novatoire un parallèle et le fait que l'action comme la stipulation va changer la *causa societatis*, autorise à ne considérer comme traduction exacte du mot *actio*, non plus formation de l'action, mais en réalité celui de litis-contestation (1). L'obligation dérivant du contrat de société et objet du litige est novée en une obligation *condemnari oportere* par l'effet de la déduction de l'action en justice (2). Paul oppose donc simplement à la dissolution de la société *ex actione* possible la dissolution *ex voluntate* qui n'est alors qu'une dissolution par simple déclaration de volonté ; mais on ne peut en conclure que l'action *pro socio* ne peut être intentée qu'à la dissolution de la société.

En réalité donc l'action *pro socio*, bien que normalement elle ne doive intervenir qu'au moment de la dissolution de la société, cependant pouvait être accordée par le prêteur à tout associé *manente societate*. Mais il devait introduire dans la formule une *praescriptio* dont le but était de limiter les effets de la *litis contestatio*, car la dissolution *ex actione* n'étant ici qu'une

(1) HEUMANN-SECKELL, v° *Actio* ; KRÜGER, C. R. TRUMPLER, p. 461.

(2) En ce sens, PERNICE, *Parerga*, p. 86 ; KRÜGER, C. R. TRUMPLER, p. 461 ; GIRARD, *Manuel* ⁶, p. 591, n. 3.

dissolution volontaire tacite, une volonté contraire pouvait donc se manifester, et c'est là le but de ce moyen de procédure qui paraît avoir été créé très peu de temps après la loi *Æbutia* (1); elle pouvait être ainsi rédigée : *ea res agatur, ut referatur in medium, quod ex illo contractu ad alterum pervenerit* (2). Certaines situations pouvaient rendre ce procédé nécessaire : un associé a reçu une somme d'argent et l'utilise pour son seul avantage alors qu'elle est un bien commun, or les parties peuvent n'avoir aucun intérêt à dissoudre leur société, des travaux étant en cours, des engagements pris en commun s'imposant à tous. Il peut sembler donc nécessaire aux associés de n'agir que pour obtenir au profit de chacun cette somme d'argent. Le but principal de toute action *pro socio* était en effet d'assurer l'exécution des obligations entre associés.

Donc l'action *pro socio* peut ou s'exercer au cours de la société, ou provoquer la liquidation des droits respectifs de chacun des associés, si la société est déjà dissoute par la survenance d'une autre cause quelconque, ou enfin entraîner la dissolution de la société et la liquidation des droits de chacun des *socii*.

o

L'action *pro socio*, par le fait qu'elle assure la sanction des obligations issues d'un même contrat de société, permet d'assurer par une seule procédure le règlement de tous les droits et de toutes les dettes qui profitent ou incombent à chacun des associés : Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, §2, 14 : *si plures sint inter eosdem societates coitae, ad omnes societates sufficere hoc unum iudicium constat*. Principe qui se comprend non seulement pour le cas de dissolution de la société, mais aussi pour la liquidation de tout droit particulier. De là découle donc pour chaque associé le droit

(1) En ce sens, GIRARD, *Manuel* ⁶, p. 1046.

(2) En ce sens, KNIEP, *Societas publicanorum*, p. 300.

de régler dans la mesure des clauses du pacte social, ou tout au moins des dispositions coutumières et légales, la dissolution de la société et sa dissolution à l'égard de tous ses coassociés.

•

L'action *pro socio* pouvait exister entre l'associé et l'héritier d'un associé, sans que toutefois l'héritier ne rentre dans la société en qualité d'associé, mais de créancier ou de débiteur. Suivant les droits et les obligations qu'il trouve dans le patrimoine de son auteur : Ulpien, *lib. 6 ad edictum*, D., 3, 2, *De his qui notantur infamia*, 6, 6 : *non tamen in tutela vel pro socio heres suo nomine damnari potest, quia heres neque in tutelam neque in societatem succedit, sed tantum in aes alienum defuncti*. L'action intentée contre l'héritier ne pourrait être infamante; car il ne peut être condamné en son nom propre; cependant dans quelle mesure est-il responsable de ses actes dans la liquidation de sa part sociale ou dans la poursuite d'affaires sociales, si malgré la mort de l'associé, l'activité commune a dû être poursuivie un certain temps?

Suivant Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 35, l'héritier ne saurait jamais être un associé, mais il doit, dans la liquidation nécessaire à laquelle il participe, respecter la bonne foi : il est responsable de son dol et de sa faute (1), et inversement les coassociés sont frappés à son profit d'une responsabilité équivalente (2). Toutefois l'héritier n'est responsable que de son dol lorsqu'il poursuit pour le compte des autres associés une affaire déjà commencée par le défunt, sans que toutefois il ne soit considéré comme un associé (3). Donc, en

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 35 : *Nemo potest societatem heredi suo sic parere, est ipse heres socius sit : in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet*.

(2) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 9 : *sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo quod ex ante gesto pendet iam ab herede quam heredi praestandum est*.

(3) Pomponius, *lib. 17 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 40 : *Heres socii quamvis*

ce qui concerne la responsabilité de l'associé, il faut distinguer deux situations : l'héritier est responsable de son dol et de sa faute comme tout associé en ce qui concerne la liquidation ordinaire de la part sociale de son auteur ; mais il est responsable de son dol simplement lorsqu'il poursuit, pour le compte de l'ancienne société, rétablie peut-être entre les survivants pendant une période indéterminée, une opération sociale commencée par l'associé défunt. Dans tous les cas, la sanction est assurée par l'action *pro socio* : Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, 8 : *in heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit* (1).



L'action *pro socio* a deux caractères très particuliers : elle est d'une part infamante ; d'autre part, la condamnation peut dans certains cas être limitée au montant de l'actif de l'associé condamné.

Dès les origines, la sanction sociale a été infamante ; Cicéron a permis d'en reconnaître les raisons dans la rupture de la *fides* que des amis s'étaient promis d'observer d'une manière toute particulière (2). Sanction très lourde, aux effets multiples et divers, elle ne frappait que l'associé condamné *suo nomine* par une action *pro socio* : Julien, *lib. 1 ad edictum*, D., 3, 2, *De his qui not. infamia*, 1 : *Praetoris verba dicunt* : « *infamia notatur... qui pro socio suo nomine... damnatus erit* » (3). Sanction donc strictement personnelle ; mais toutes les condam-

socius non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt per heredem explicari debent : in quibus dolus eius admitti potest.

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, 9 : *an tamen pro socio iudicio communicari debeat cum herede socii, quaeritur*. Suivant LENEL, *Edictum*, 1927, 3^e éd., p. 298, dans la formule, le défenseur était désigné comme héritier de l'associé.

(2) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 655 ; PERNICE, *Parerga*, p. 94.

(3) Gaius, IV, 182.

nations prononcées par l'action *pro socio* n'entraînaient pas cette note d'infamie : l'action pouvait tendre à un simple apurement des comptes et une telle rigueur eut été illogique dans les cas où l'associé, par exemple, va bénéficier de la faveur de n'être condamné que dans la mesure de ses moyens. Or comme nous verrons que seul au cas de dol, l'associé coupable ne pouvait jouir de cette faveur, inversement l'infamie n'est encourue que si la condamnation est motivée par un dol de l'associé (1).

Lorsqu'un associé intente contre un autre associé l'action *pro socio*, celui qui est condamné peut obtenir du magistrat la faveur de n'être condamné que dans la limite de ses moyens : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 67, 3 : *non alias socius in id quod facere potest condemnatur, quam si confitetur si socium fuisse* (2). Sous la République, seul l'associé de tous biens pouvait en bénéficier : faut-il reconnaître peu à peu son extension aux autres formes de sociétés ?

Ulpien semble poser un principe très net, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *h. t.*, 63, *pr.* ; il admet que Sabinus avait bien jugé en admettant que, même si des associés ne sont pas des associés de tous biens, mais des *socii unius rei*, ils pouvaient cependant n'être condamnés que dans la limite de leurs forces, à moins de dol de leur part. Cela trouverait sa raison profonde, en ce que la société créée entre les *socii* une sorte de fraternité (3). Puisque l'associé *unius rei* peut se voir accorder cette

(1) POISNEL, *op. cit.*, p. 531 et s. : pour cet auteur, l'associé aurait été frappé d'infamie même au cas où l'associé était condamné pour une *culpa*. C'est de ce caractère rigoureux de l'action qu'il croyait devoir déduire la preuve que l'action après s'être appliquée à toutes les relations communautaires, n'avait plus sanctionné que les relations contractuelles. Mais cet argument perd de lui-même une partie de sa force puisque le dol devait être jusqu'au II^e siècle la seule cause de sanction par l'action *pro socio*.

(2) En ce sens, LENEL, *Le bénéfice de compétence*, thèse Grenoble, 1927.

(3) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, *pr.* ; *Verum est quod Sabino*

faveur, tous les associés en conséquence pourront en bénéficier, car par le caractère de son contrat, il est membre d'une société où la confiance intervient avec le moins d'importance possible. Mais Ulpien lui-même décide dans un autre texte que le bénéfice de compétence ne peut être accordé qu'à l'associé de tous biens (1).

Contradiction donc très nette entre ces deux textes reconnus tous deux comme étant d'Ulpien (2) : quelle était la véritable doctrine à l'époque classique? De nombreuses tentatives de conciliation ont été soutenues (3); des interpolations ont été reconnues; il semble que l'on ne puisse dénier au texte du titre *pro socio* une authenticité absolue et par là reconnaître que seul l'associé de tous biens est seul capable de jouir de ce bénéfice de compétence (4).

Faveur toute particulière qui se comprend par le but

videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.

(1) Ulpien, lib. 63 *ad edictum*, D., 42, 1, *De re jud. e. d. e. s.*, 46 : *Sunt qui in id quod facere possunt convenientur « id est non deducto aere alieno » et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est) : item parens.*

(2) Contradiction qui existe aussi dans les Basiliques, 12, 1, *περὶ κοινωνίας*, σ (édit. HEIMBACH, I, p. 765) et 9, 3, *περὶ πραγματος χειριζομένων*, 16 (HEIMBACH, I, p. 455).

(3) En ce sens, LEVET, *op. cit.*, p. 53-55, qui donne un rapide résumé de ces différents essais. Le plus grand nombre d'auteurs veulent voir dans 42, 1, 46, les traces d'une glose qu'il faut supprimer : *socium autem omnium bonorum accipiendum est*, ou du moins corriger par l'emploi de *maxime*. Cf. LENEL, *Edictum*, 3, p. 298, n. 7. Tous les associés auraient donc eu la faveur de ce bénéfice dès l'époque classique.

(4) Des arguments tirés de D., 17, 2, 63, *pr.* lui-même permettent d'en reconnaître le caractère interpolé : l'emploi des termes *rationem quodammodo* et surtout le fait que le verbe *condemnari oportere* n'a pas un sujet très nettement indiqué en sont les preuves. Justinien aurait donc étendu seulement cet avantage à tous les associés; en ce sens, LEVET, *op. cit.*, p. 56; FERRINI, *op. cit.*, p. 48; PERNICE, *Parerga*, p. 89; BESELER, *Beiträge*, III, 36.

même de la société de tous biens. Les autres formes nées d'une manière générale pour les besoins du commerce permettaient de créer une activité commune, qui assure à chacun un avantage commun ou est susceptible d'éviter à tous de plus lourdes dépenses ; au contraire, la société de tous biens, tout en suivant l'évolution générale des autres formes, pouvait sur certains points particuliers se différencier par quelques règles propres, issues de son caractère ancien. Il est certain qu'en dehors du cas d'un dol commis par l'un d'eux et qui ne pouvait amener que la rupture presque certaine de la société puisque la *fides* avait été rompue, un associé de tous biens n'aurait pu poursuivre son propre associé jusqu'à agir sur sa personne et en faire son prisonnier. Un tel effet n'aurait pu se concevoir que si dans tous les cas l'action *pro socio* avait entraîné la dissolution du contrat de société. Donc l'octroi de cette faveur répond à une situation particulière du créancier et de son débiteur ; d'ailleurs Ulpien, ou mieux les compilateurs, ont, pour justifier l'octroi de cette faveur à tous les associés, cherché à s'appuyer sur le caractère de fraternité qui ne peut se rencontrer à son maximum qu'entre des associés de tous biens.

Le bénéfice de compétence était accordé d'une manière assez limitée : les parties devaient agir *pro socio* : Ulpien, *lib. 63 ad edictum*, D., 42, 1, *De re jud.*, 16 : *qui pro socio conveniuntur* ; de plus, comme il trouvait sa raison d'être dans le sentiment de confiance qui doit animer tout associé, il ne pouvait plus être accordé à l'associé qui avait rompu lui-même cette confiance en commettant un dol ; Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 63, 7, reconnaît en effet que vraiment c'était aller contre les règles de l'équité que d'accorder cette faveur à un associé coupable de dol. Donc au cas de faute seulement, il pourra demander le bénéfice de compétence en sa faveur (1). Mais le préteur seul était juge

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, 7 : *Hoc quoque facere quis*.

de l'opportunité de sa décision; il restait toujours libre de la refuser. D'ailleurs le droit pour le prêteur d'accorder ou non le bénéfice, se comprend par le fait que le bénéfice n'était pas accordé dans la formule même de l'action, mais résultait d'un édit spécial joint immédiatement à la formule et accordé *cognita causa* (1). Enfin le bénéfice de compétence, comme l'infamie, était personnel aux associés : il ne pouvait en particulier passer aux héritiers (2).

posse videtur, quod dolo fecit quo minus possit : nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare. Quod et in ceteris qui in id quod facere possunt conveniuntur, accipiendum est, si tamen non dolo, sed culpa sua facere posse desiit, dicendum est condemnari eum non debere; Gaius, lib. 10 ad edictum provinciale, D., 17, 2, Pro socio, 68, 1 : *Illud quaeritur, utrum is denu facere videtur quo minus facere possit, qui erogat bona sua in fraudem futurae actionis, an et qui occasione acquirendi non utitur. sed verius est de eo sentire proconsulem, qui erogat bona sua, idque ex interdictis colligere possumus, in quibus ita est : « quod dolo fecisti, ut desineres possidere »*; de même : D., h. t., 63, pr.

(1) Pomponius, lib. 21 ad Quintum Mucium, D., 42, 1, De re jud. et d. e. s., 22, 1 : *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit. causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligato non succurratur*. En ce sens, LENEL, *Edictum*, 2^e éd., p. 12-13. Ulpien, D., h. t., 63, 2, qualifie le bénéfice d'exception : mais ce terme ne doit pas être pris dans son sens technique, car cette faveur n'existe pas en vertu d'un fait distinct qui permettrait d'écarter l'effet de la condamnation.

(2) Ulpien, lib. 31 ad edictum : D., h. t., 63, 1 : *Videndum est, an et fideiussori socii id praestari debeat an vero personale beneficium sit, quod magis verum est. sed si hoc fideiussor quasi defensor socii iudicium susceperit, proderit sibi : namque Iulianus libro quarto digestorum scripsit defensorem socii in id quod socius facere potest condemnari oportere. idemque et in patroni defensore accipere debere ait : et utique idem erit in universis, qui in id quod facere possunt conveniuntur*; Ulpien, lib. 31 ad edictum, D., h. t., 63, 2 : *Patri autem vel domino socii, si iussu eorum societas contracta sit, non esse hanc exceptionem dandam, quia nec heredi socii ceterisque successoribus hoc praestabitur : quia nec ceterorum heredibus successoribusve quos in id quod facere, possunt convenimus, idem praestatur*. Ce dernier texte a été légèrement interpolé par Justinien, car l'usage de mentionner les successeurs universels ne se rencontre que dans les textes du Bas-Empire : donc les formules *ceterisque successoribus* et *successoribusve* sont interpolés. En ce sens, PERNICE, *Labeo*, II¹, 2^e édit.,

Mais comment se calculait l'actif auquel sera limitée la condamnation ? A l'actif était toujours porté le montant des sommes perdues par l'associé par son dol (1). Le juge devait alors se placer au moment même où il prononce sa condamnation (2) : c'est là une dérogation aux principes généraux, mais qui est nécessaire, car l'associé a pu voir se modifier l'actif de son patrimoine depuis la *litis contestatio*. Mais la question la plus importante était l'établissement du passif de l'associé. La condamnation devait-elle être prononcée sur l'actif net, déduit de toutes les dettes dues aux associés comme à des tiers ? A l'époque classique, toutes les dettes, même celles dont les créanciers étaient non des associés mais des tiers étrangers à la société, devaient être prises en considération par le prêteur. Cependant Marcellus semble admettre une règle différente : l'évaluation de l'actif se fait sans que l'on déduise les dettes autres que celles qui ont pu naître entre associés. Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 63, 3, s'appuyant sur une décision de Marcellus, décide en effet dans un texte dont le caractère interpolé est certain (3), que cette détermination

p. 263, n. 4; LONGO, *L'origine delle successione particolare*, Bull. d'Ist. D. R., 14, p. 153-154, et n. 1 et 2; KRÜGER, D., *ad h. l.*, LEVET, *op. cit.*, p. 20, n. 29.

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, 7.

(2) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, 6 : *tempus autem spectamus quantum facere socius possit rei iudicandae*.

(3) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, 3 : *Id quod facere socius potest quemadmodum aestimandum sit ? et placuit non debere deduci aes alienum quod debetur a socio : ita et Marcellus libro septimo digestorum scripsit, nisi forte, inquit, ex ipsa societate debeatur*. Ce texte contient des traces d'interpolation : l'emploi de *nisi forte*. En ce sens, LEVET, *op. cit.*, p. 157, n. 30; EISELE, Z. S. S., t. 19, p. 21; GUARNERI CITATI, *Indice*, 1927, p. 60; TAUBENSCHLAG, Z. S. S., 38, p. 249; BESELER, *Beiträge*, II, 89. Le fragment 63, 5 nous donne une application du principe nouveau par les compilateurs; ce texte offre des preuves certaines d'altérations : il tient à faire de la société une entité où tous les comptes entre associés doivent se balancer; d'ailleurs, la recherche d'une solution équitable est un scrupule fréquent chez les compilateurs : en ce sens, PAUL KRÜGER, *Justinianische Entscheidungen*, 1907, p. 1 à 20; EISELE, *Beiträge*, Z. S. S., t. 18, 1897,

du montant de l'actif est exacte, même si on ne déduit pas les dettes de l'associé condamné, sauf cependant celles qu'il a pu contracter directement au profit de la société.

Enfin, par le bénéfice de compétence, l'associé débiteur faisait supporter à ses créanciers et coassociés une perte, sans qu'aucune charge n'en résulte plus tard pour lui à leur égard. Par le paiement de la condamnation, sa dette sociale se serait trouvée éteinte totalement, mais pratiquement les associés devaient introduire des clauses qui limitaient indirectement cet effet de la *litis contestatio* : Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, 4, décide donc que le débiteur, *socius*, obligé par le juge, doit s'engager avec des cautions, à payer ce qu'il n'a pu solder de sa dette au moment du jugement, dès que l'actif de son patrimoine se sera accru des valeurs nécessaires (1).

Le bénéfice de compétence se présente donc à l'époque classique comme une faveur au profit de l'associé de tous biens qui bien que malheureux n'a pas violé la confiance mise en lui. Mais une telle exception aux droits des créanciers ne pouvait se concevoir que parce que la nature même des liens qui unissaient créancier et débiteur, la rendait nécessaire. D'ailleurs le fait que seul l'associé de tous biens peut l'invoquer à l'époque classique permet de comprendre le changement dans le mode d'établir le montant du passif de l'associé débiteur, qui se produira au Bas-Empire : qu'entre associés ordinaires, on ne déduise que les dettes d'origine sociale, l'équité l'exigera, mais entre associés de tous biens, répondant chacun de leurs

p. 40. Enfin la décision n'est qu'une application du principe attribué à Marcellus et que nous avons reconnu comme étant d'une époque beaucoup plus tardive : en ce sens, LEVET, *op. cit.*, p. 157, n. 30; PAMPOLONI, *Riv. et per le sc. giur.*, p. 202, n. 10; PFLUEGER, *Pro Roscio*, p. 136, n. 219; KRÜGER, D., *ad h. l.*; BESELER, *Beiträge*, II, p. 10.

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, 4 : *Item videndum, an cautio veniat in hoc iudicium eius quod facere socius non possit; scilicet nuda promissio : quod magis dicendum arbitror*; Paul, *lib. 4 ad Plautium*, D., 15, 1, *De peculio*, 47, 2.

dettes communes et offrant un même et seul actif, toutes les dettes devaient normalement être déduites, que des tiers ou les associés en soient les créanciers.



Dans les rapports entre associés, d'autres actions que l'action *pro socio* pouvaient être formées. Un associé s'est approprié un bien commun, ou l'un d'entre eux a causé quelque dommage à un esclave, ou enfin en vertu d'une clause spéciale stipulée au pacte social ils agissent par une action de droit strict en paiement d'une pénalité prévue au cas de manquement à cette clause particulière. Dans ces cas, l'action *furti* ou *legis Aquiliae* ou *ex stipulatu* vont être accordées à des associés disposant encore de l'action *pro socio*. Dans quelle mesure pourront-ils agir soit avec l'une ou avec l'autre action, soit avec les deux ?



L'action *furti* est accordée contre tout associé qui a volé une chose commune, soit, comme dit Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 45 (1), qu'il ait volé par ruse ou avec une intention dolosive. Cependant, comme dans tous les cas d'action de bonne foi, l'associé volé peut user, en tant qu'associé, de l'action *pro socio*; les condamnations des deux actions pourront alors se cumuler (2); car les deux actions ont

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 45 : *Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit < vel rem communem celandi animo contractet > : sed et pro socio actione obstrictus est, nec altera actio alteram tollet. idemque in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum est.* Dans ce texte, la phrase : *vel rem communem celandi animo contractet*, est une glose. En ce sens, LENEL, *Sabynus System*, 63, 2; KRÜGER, D., *ad h. l.*; LÉVY, *Concurrenz*, p. 427, n. 3.

(2) D., 17, 2, *Pro socio*, 45, *in fine*, et Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 46 : *Idem est et in colono et in eo qui negotia gerit et qui mandat nostrum exsequitur et in tutore*, posent le principe du concours de l'action *furti* et de toute action de bonne foi.

des buts nettement différents : l'action *furti* est une action pénale alors que l'action *pro socio* tend à la réparation du dommage causé. La règle est donc *nec altera actio alteram tollet*.

Mais si les associés usent de la *condictio furtiva*, ils ne vont plus poursuivre la seule sanction du délit, mais ils vont rechercher la réparation du dommage que cet acte a causé à chacun d'eux : la *condictio furtiva* est une action personnelle qui normalement entre en concurrence avec l'action *pro socio* : Ulprien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 47 : *sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit*. L'associé pourrait agir avec la *condictio furtiva* et renouveler sa demande en réparation par l'action *pro socio* dans la mesure où cette dernière action permettrait d'obtenir une condamnation plus forte (1). Cependant, à l'époque classique, on ne pouvait ainsi cumuler les deux actions; car le texte d'Ulprien est certainement interpolé. Dans le membre de phrase, *nisi si pluris mea intersit*, l'emploi de *nisi si* est une preuve d'altération (2); d'ailleurs comment admettre que l'action *pro socio* puisse assurer une réparation plus forte que la *condictio furtiva*. Cette phrase des compilateurs ne répond donc à aucune utilité et n'a qu'un intérêt théorique (3). Si les associés ont donc déduit en justice leur droit en exerçant la *condictio furtiva*, ils ne peuvent plus agir relativement au même fait par l'action *pro socio* pour obtenir une plus forte réparation.

•

Un associé pouvait avoir causé un dommage à une chose

(1) En ce sens, KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 992.

(2) En ce sens, EISELE, *Archiv*, t. 79, 1892, p. 393; HEUMANN-SECKELL, *v° Nisi*; EISELE, *Z. S. S.*, 13, p. 151; H. KRÜGER, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, 1896, p. 208; PERNICE, *Labeo*, 2^e éd., II, 1, p. 273.

(3) Pour KARLOWA, *op. cit.*, p. 992, le concours des deux actions était possible, aussi cherche-t-il à en donner un cas tout théorique et d'une fréquence certainement très limitée.

commune, Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 47 : *si damnum in re communi socius dedit, Aquilio teneri eum et Celsus et Iulianus et Pomponius scribunt* : l'associé est responsable à l'égard de ses associés par l'action de la loi *Aquilia*, mais Paul ajoute : *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 48 : *sed nihilo minus et pro socio tenetur si hoc facto societatem laesit, si verbi gratia negotiatiorem, servum vulneraverit vel occidit* (1). Toutefois l'associé coupable peut donc répondre de cet acte, mort d'un esclave ou blessures, par l'action *pro socio* ; aussi lorsque les associés ont agi en vertu de la loi *Aquilia*, pourront-ils agir par la suite *pro socio* ? Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 50, décide que les parties ne peuvent plus agir *pro socio*. Considérant que l'action *legis Aquiliae* est reipersecutoire et que de ce fait la seconde action devait être écartée (2), il déclare qu'on ne peut même prendre en considération l'excédent que l'autre action serait susceptible d'assurer. Les parties avaient le choix, les deux actions tendaient

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 49 : dans ce texte la phrase *si hoc facto societatem laesit* semble être interpolée, car Ulpien oppose la volonté des associés à celle de la société, groupe collectif distinct de ses membres et ayant des intérêts propres. Au contraire, les jurisconsultes classiques parlent ainsi en ce cas : *damnum in re communi socius dedit* : D., *h. t.*, 47, 1, ou *rei communi socius nocuit* : D., *h. t.*, 52, 2. En ce sens, RICCOBONO, *Communio*, p. 102.

(2) Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 50 : *Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat, quia utroque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat*. EISELE, *op. cit.*, p. 376-377, considère ce texte comme ayant été remanié tout au moins dans sa forme par les compilateurs : l'emploi de *consequi* et de *alter* donne lieu à un véritable non-sens, car il implique à la fois une idée de satisfaction déjà acquise et d'autre part d'avantages futurs. Aussi s'appuyant sur le texte des Basiliques, 12, 148 (trad. HEIMBACH, I, p. 749), il pense le modifier ainsi : *sufficit autem si una actum sit*. Cependant cette correction ne semble pas se présenter avec une nécessité aussi grande, car l'emploi d'*alter* est souvent fait par les auteurs classiques à la place d'*alteruter*, et on le retrouve en particulier chez Paul : S., 3, 6, 2 ; D., 12, 2, 34, 6, 10 ; 3, 6, 6 ; 27, 10, 7, 3 ; 43, 3, 1, 4. En ce sens, PERNICE, *Labeo*, 1, p. 271, n. 4.

à la même réparation du dommage; l'une des deux intentée et déduite en justice, l'autre par ce fait se trouve éteinte (1).

63

Dans le pacte social, les parties avaient pu introduire une stipulation générale de dol sanctionnant l'ensemble du contrat, ou des stipulations relatives à certaines clauses particulières : de ce fait les associés se trouvaient être titulaires à la fois de l'action *pro socio* et de l'action *ex stipulatu*. Toutefois si les parties avaient stipulé l'ensemble des clauses du pacte social, il n'y a plus d'action *pro socio* possible : les parties ne sont plus tenues par un contrat de société, mais par la stipulation seule. Paul, *lib. 3 epitomarum Alfeni digestorum*, D., *h. t.*, 74, *pr.*, répondit en effet dans un cas particulier, que si les associés avaient stipulé les clauses de leur pacte social

(1) PERNICE, *Labeo*, I, 4, p. 170; H. KRÜGER, *Exceptio doli*, p. 206; GIRARD, *Manuel*, p. 422; l'action *legis Aquiliae* est reipersécutoire en ce qui concerne le concours d'actions, sinon elle produit les mêmes effets qu'une action pénale. Il est intéressant de signaler qu'entre associés il ne pouvait y avoir lieu d'employer l'action *in factum servi corrupti* au double, c'est-à-dire au cas de corruption de l'esclave commun, car les associés étaient propriétaires de l'esclave et cette action n'était accordée que contre celui qui avait frappé l'esclave d'autrui : Ulpien, *lib. 23 ad edictum*, D., 41, 3, *De servo corrupto*, 9, *pr.* : *Si quis servum communem meum et suum corruperit, apud Iulianum libro nono digestorum quaeritur, an hoc actione teneri possit, et ad teneri eum socio praeterea poterit et communi dividundo et pro socio, si socii sint, teneri, ut Iulianus ait. sed cur deteriore facit Iulianus condicionem socii, si cum socio agat. quam si cum extraneo agit? nam quid cum extraneo agit, sive recepit sive corruperit agere potest, qui cum socio, sine alternatione, id est si corrumpit. nisi forte non putavit Iulianus hoc cadere in socium : nemo enim suum recepit, sed si celandi animo recepit, potest defendi teneri eum.* La dernière phrase de ce texte est sans doute interpolée : en ce sens, BESELER, *Beiträge*, II, p. 99. Inversement l'associé peut être condamné par une action *Fabia* : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 47, 2, *Pro socio*, 51, 1 : *Et ideo videbimus, an Fabia teneatur et ratio quidem facit, ne teneatur, verum si plagium fecit vel suppressit, Fabia teneri.*

sous cette forme : *haec ita dari fieri spondes?* l'action *pro socio* ne pouvait plus leur être accordée (1).

Mais si les parties ont, par une clause, prévu une pénalité pour tout manquement à une prescription particulière, une action de droit strict leur est certainement accordée ; et comme, par leurs paroles elles-mêmes, ils ont manifesté nettement leur intention de rester groupés en société, le fait pour eux de joindre à la sanction sociale ordinaire, une sanction conventionnelle, ne saurait donc entraver l'application de l'action *pro socio*. Paul, *lib. 3 epitomarum Alfeni digestorum* (1), *h. t.*, 71, 1, reprenant un exemple d'Alfenus, considère que si les parties ont stipulé les clauses de leur pacte social, non pas suivant cette formule : *ea ita dari fieri spondes*, mais suivant cette autre formule : *si ea ita facta non essent, decem dari*, dans ce cas les associés pourront toujours user de l'action *pro socio*, l'action de droit strict pour le montant de la *poena* stipulée restant encore à leur disposition (2). Mais dans

(1) Paul, *lib. 3 epitomarum Alfeni digestorum*, D., *h. t.*, 71, pr. : *respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent « haec ita dari fieri spondes? » futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur.*— *Sinovationis causa id fecissent* est une interpolation, car une formule aussi théorique ne correspond pas à l'ensemble du texte. D'ailleurs, cette recherche d'un critère de distinction de la stipulation novatoire, fondé sur l'intention des parties, se présente comme d'origine tribonienne : en ce sens, PERGAMENT, *Conventionalstrafe*, p. 86-87; KRÜGER, D., *ad h. l.*

(2) Paul, *lib. 3 epitomarum Alfeni digestorum*, D., *h. t.*, 71, pr. : *sed quoniam non ita essent stipulati « ea ita dari fieri spondes? » sed « si ea ita facta non essent, decem dari? » non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari. ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.* Les textes nous donnent un exemple de stipulations entre des banquiers*associés :

(I) *Inter Cassium Frontinum et Iulium*

Alexandrum societas dari (st)ariae ex

X kal. Ianuarius, q(uae) p(roximae) f(uerunt) Pudente e(t) Polione
cas, in

certains cas la formule employée par les parties pouvait donner lieu à discussion, les contractants étaient-ils encore associés ou non? C'était en réalité une question de fait. Alfenus avait ainsi considéré la clause suivante comme une simple stipulation pénale, sanctionnant les rapports sociaux, sans supprimer le droit des parties à l'action *pro socio*. C'est Paul, *lib. 3 epitomarum Alfeni digestorum*, D., *h. t.*, 71, *pr.*, qui rapporte à nouveau l'exemple d'Alfenus. Deux individus avaient formé une société; ils voulaient enseigner la grammaire et mettre en commun les revenus de ce travail. Mais ils avaient fait un pacte écrit et voulant constater qu'ils avaient stipulé cette convention, ils avaient ajouté au bas de leur écrit cette formule : *haec quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?* La question se posait alors de

prid(i)e idus Apriles proximas venturas ita conven(i)t, ut quidq(ui)d in ea societati ob renatum fuerit lucrum damnumve acciderit, aequis portionibus s(uscip)ere debebunt.

In qua societate intuli(t) Iul(i)us Alexander numeratos sive in fructo X (qu)ingentos, et Secundus Cassi Palumbi servus a(ctor) intulit X ducentos sexaginta septem pr..... tin

(II) *sum Alburno..... d(e)bebit.*

In qua societ(ate) si quis d(olo ma)lo fraudem fec(isse de-)prehensus fue-(rit), in a(sse) uno X unum.....

(denarium) unum XX X.... alio inferre deb(ebi)t, et tempore perac(t)o de(duc)to aere alieno sive summanu s(upra) s(criptam) s(ibi recipere sive), si quod superfuerit,

dividere d(e)bebunt (?). Id d(ari) f(ieri) p(raestari)que stipulatus est

Caseius Frontin(us), (spo)pon(dit) Jul(ius) Alexander-De qua re dua paria (ta)bularum signatae sunt.

(Item) debentur Lossae X L, quos a sociis s. s. accipere debebit.

(Ac(tum) Deusa)re, v kal. April. Vero III et Quadrato cos.

savoir s'il y avait encore société. Etant donnés les faits et le libellé de la formule, Alfenus avait admis que l'action *pro socio* existait encore (1).

Mais dans quelle mesure les parties pouvaient-elles user de l'action *pro socio* et de l'action *ex stipulatu*? L'associé créancier a-t-il perdu par la déduction en justice d'une des actions son droit à agir par l'autre, ou peut-il obtenir par elle le surplus d'une condamnation plus avantageuse?

Dès l'époque classique les principes semblent avoir été acquis : s'il existe entre associés une stipulation pénale et que l'un d'entre eux l'ait violée, l'autre associé ne pourra agir par l'action *pro socio*, lorsqu'il a déjà au préalable intenté l'action *ex stipulatu* et obtenu la *poena* prévue, supérieure ou au moins égale au montant du dommage causé : Ulpien, *lib. 20 ad edictum*, D., *h. t.*, 41 : *si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum eius interfuit* (2). En effet, l'action de droit strict est plus commode et assure une réparation plus forte que l'action sociale. Au contraire, au cas où l'action *pro socio* permettrait une réparation plus complète du dommage, même si l'associé lésé a obtenu par l'action *ex stipulatu* le montant de la *poena*, il peut user à nouveau de l'action *pro socio* pour obtenir le surplus : l'associé obtiendra donc le montant de la condamnation diminué de celui de la *poena* : Ulpien, *lib. 35 ad*

(1) Paul, *lib. 3 epitomarum Alfeni digestorum*, D., *h. t.*, 71, pr. : *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset : de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt : « haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari? » quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi possit.*

(2) En ce sens, PERGAMENT, *Conventionalstrafe*, p. 28-29. Pour SECKEL-HEUMANN, le contenu en a été modifié en ce qu'il avait primitivement trait à la question des relations entre *sponsores*, sanctionnées par une stipulation pénale; en ce sens, LENEL, *Paling.*, Ulpien, II, 646; HEUMANN-SECKEL, v° *Socius* : *si sponsor a sponsore poenam stipulatus sit, ex lege Appuleia? non aget...*

Sabinum, D., *h. t.*, 42 : *Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet poena ei in sortem imputata.*

Mais une telle combinaison des actions est-elle vraiment classique, ne doit-on pas admettre qu'Ulpien aurait tout au contraire décidé ainsi : *postea pro socio agere non potest* (1) : la règle s'accorderait ainsi avec les solutions adoptées au cas d'action *legis Aquiliae* ou de la *condictio furtiva*. Le principe classique paraîtrait ainsi avoir eu une certaine rigueur : l'emploi successif de deux actions sanctionnant une même situation entre deux mêmes personnes ne serait jamais possible : l'exercice de l'une provoquerait nécessairement l'extinction de l'autre action. Cependant dès l'époque classique il ne semble pas que ce principe ait pu s'appliquer au cas de la stipulation pénale, car dans le cas de concours des actions *legis Aquiliae* et *pro socio*, si le fait d'en avoir intenté l'une des deux empêche l'emploi de l'autre action, c'est que les parties poursuivent une *eadem res*. Justinien seulement décidera le contraire, et les interpolations seront en ce sens, que la déduction en justice de l'une des deux actions n'entraîne pas l'extinction de l'autre action ; il permet au contraire l'emploi de cette dernière dans la mesure où elle permet une condamnation plus forte.

Inversement, au cas où les parties disposent d'une action *pro socio* et d'une action *ex stipulatu*, l'action sociale ne saurait être éteinte par l'emploi de l'action de droit strict dont le montant est inférieur à celui de la condamnation possible par l'action de bonne foi. En effet, les associés dans ces deux cas ne recherchent pas une *eadem res* : le but des parties est toujours la réparation du dommage ; mais par l'action de droit strict ils veulent obtenir la *poena* alors que l'autre action assurera la réparation du dommage, donc d'un montant varia-

(1) En ce sens, KRÜGER, *Exceptio doli*, p. 208 ; KRÜGER, D., *ad h. t.* ; *Vocabularium*, v° *Pro socio*. Ce texte d'ailleurs porterait en lui-même une trace d'interpolation, l'emploi d'un ablatif absolu.

ble suivant les circonstances. En conséquence, il n'y aura pas extinction de la seconde action. Toutefois elles ne sauraient se cumuler comme les actions *pro socio* et *furti*, car dans ce cas les parties non seulement ne poursuivent pas une *eadem res*, mais n'ont même pas de buts identiques, l'une des actions étant reipersécutoire, l'autre pénale.

Donc, au cas de concours entre l'action *ex stipulatu* et l'action *pro socio*, cette dernière action reste ouverte aux parties dans la mesure où elle leur permettra une réparation plus complète, le montant de la *poena* déjà acquis étant jugé cependant insuffisant. En réalité, si les associés demandeurs veulent assurer la réparation du dommage causé, ils peuvent obtenir une *poena*, conventionnelle toutefois par l'action *ex stipulatu* et s'assurer par l'action *pro socio* une réparation plus adaptée aux circonstances, puisqu'elle sanctionne les rapports sociaux suivant la bonne foi et non un rapport de droit strict comme celui créé par la stipulation. D'ailleurs, cette différence s'accroît par le fait que la *poena* est due pour le tout, même si la prestation n'est faite qu'en partie et qu'elle est due même au cas de perte de la chose survenue par cas fortuit (1).

Dans la pratique des affaires, comment pouvait-on écarter l'effet extinctif de la *litis contestatio* : un tel problème ne pouvait se poser à l'époque de Justinien. A l'époque classique, il est certain que les parties intentaient l'action *ex stipulatu* en premier, car elle était d'un maniement facile et d'un résultat très certain ; aussi quand les parties agissent à nouveau, par le fait même que l'action *pro socio* est de bonne foi, le juge pouvait donc simplement sur le fondement de cette bonne foi, limiter le montant de la condamnation à la réparation véritable non encore obtenue : le montant de la *poena* est déduit, car dans la mesure de sa quotité le montant total du dommage est diminué (2).

(1) En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 674.

(2) Julien, *lib. 3 ad Urseium Ferozem*, D., 49, 1, *De act. empti venditi*,

Il reste à signaler quelques cas particuliers de concours entre l'action *pro socio* et d'autres actions de bonne foi : ainsi l'action *venditi* : Ulpien, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 69 : *cum societas ad emendum coiretur et conveniret, ut unus reliquis nundinos id est epulas praestaret eosque a negotio dimitteret, si eas eis non solverit, et pro socio et ex vendito cum eo agendum est* (1). Dans ce texte il faut supposer qu'une société commerciale a été contractée sous la condition que le jour où il plairait à l'un des associés de rembourser aux autres tout ce qu'ils avaient dépensé ou mis dans la société, celle-ci resterait, à dater de ce remboursement, entièrement à son compte. Si un associé profite de la clause et conserve tout pour lui, les autres peuvent agir indifféremment contre lui par l'action *pro socio* ou par l'action *venditi*, parce qu'il y a à la fois inexécution d'une clause du pacte social et d'une obligation résultant d'une vente, car un associé qui moyennant un prix fixé à l'avance, rembourse les avances sociales, achète en réalité les parts de ses propres associés. Donc, en ce cas, il ne saurait y avoir cumul quelconque des actions ; mais les parties ont le choix entre l'une ou l'autre action suivant qu'ils envisageront l'acte de leur associé comme l'exécution du pacte social ou une véritable vente. Cependant le fait pour une des parties d'intenter l'une des actions provoque obligatoirement l'extinction de l'autre action, car toutes deux ont un même but, une réparation unique du même dommage.

Enfin deux actions pouvaient encore s'offrir conjointement

28. En ce sens, EISELE, *Archiv*, 79, 1892, p. 327 à 405, en particulier p. 389; PERGAMENT, *Conventionalstrafe*, p. 29-36; GIRARD, *Manuel*, p. 675, n. 4; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 985 et 992.

(1) Les termes *nundinas, id est epulas praestare* et *eas a negotio dimittere* sont certainement les traces d'une glose postérieure; d'ailleurs, l'espèce rapportée par ce texte est difficile à préciser exactement. En ce sens, KRÜGER, D., *ad h. l.*

à des associés : l'un d'entre eux peut avoir reçu, soit en vertu d'une clause du pacte social, soit à l'unanimité des associés, le mandat de gérer les biens et les affaires de la société : dans ce cas, à l'égard de ses commettants, est-il responsable en vertu de l'action de mandat ou de l'action *pro socio* et inversement est-il titulaire de l'une et de l'autre action ? Il en résultait d'assez graves conséquences ; car la responsabilité varie suivant qu'il est associé ou mandataire ; le bénéfice de compétence ne pourrait être accordé qu'au cas d'action *pro socio*. L'associé demandeur garde le droit de choisir, mais l'une des deux actions intentée et déduite, il ne peut plus agir avec l'autre, et il ne peut par là faire perdre au défendeur les avantages que lui accorde l'action *pro socio*. Toutefois la question a une certaine importance surtout en ce qui concerne le bénéfice de compétence ; il faut d'ailleurs remarquer que ce dernier n'est accordé que si la société est une *societas omnium bonorum*, au moins à l'époque classique. En effet Pomponius n'admet pas l'application du bénéfice de compétence au cas où des associés ont à répondre entre eux d'une action de droit strict intentée par l'un d'eux, car il admet que l'associé condamné en vertu d'une *clausula doli* doit être condamné *in solidum* (1). Donc inversement au cas d'action de bonne foi, l'associé ne sera condamné que dans la mesure de ses forces, et dans le cas particulier de l'action de mandat l'associé de tous biens ne perdra pas le bénéfice de cette faveur (2).

(1) Pomponius, *lib. 21 ad Quintum Mucium*, D., 42, 1, *De re jud. et aff.*, *sent.*, 22, 1 : *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit. causae cognitio autem in hoc erit, ut neganti se socium esse aut ex doli clausula obligato non succurratur.*

(2) En ce sens, LEVET, *op. cit.*, p. 60.

CHAPITRE IV

LA VIE SOCIALE ET LES RAPPORTS DES ASSOCIÉS AVEC LES TIERS

SOMMAIRE. — Le caractère personnel et secret des obligations sociales. La société n'a d'effet qu'entre les associés. Le sous-associé. — Le contrat de société ne peut pas avoir d'effet à l'égard des tiers, soit qu'un ou plusieurs associés aient contracté avec les tiers, soit que tous aient agi en commun. — La protection des intérêts des tiers : les nécessités du crédit provoquent l'évolution des règles concernant les tiers. Les associés s'engagent solidairement. La solidarité coutumière entre marchands d'esclaves et entre banquiers associés. Les associés peuvent encore s'engager solidairement par l'emploi d'esclaves communs : étude de cas particuliers. — L'action *pro socio* ne sanctionne pas les rapports des associés avec les tiers.

L'activité sociale poursuivie entre les associés a créé des obligations personnelles ; mais ses effets ne pourront se limiter à ces seuls rapports : ils s'étendront nécessairement aux tiers du fait de contrats passés entre eux et les associés. Les banquiers ainsi, par leur rôle si divers, agissent avec des tiers toujours étrangers au contrat de société. Toute cette vie sociale doit être réglée ; et c'est à cela que va tendre l'administration des biens communs et l'organisation du travail de chacun.

Mais la *societas* à Rome revêt un caractère très net : dans les rapports entre les associés comme dans ceux entre les associés et les tiers, elle n'est toujours qu'un seul groupement

d'individus. La société n'a pas d'unité particulière qui permettrait de lui reconnaître une certaine vie juridique indépendante de celle de ses membres. La société n'est toujours qu'une multiplicité d'individus sur lesquels retombent sans aucun intermédiaire les effets des actes juridiques. Le *socius* qui agit seul avec un tiers est considéré au regard de ce tiers comme ayant agi seul; les effets de son engagement ne se produisent en principe qu'en lui, et inversement l'associé qui seul a reçu l'engagement d'un tiers en faveur de tous les associés cependant, est seul capable d'agir contre ce tiers. Les effets juridiques de l'idée de société interviendront, mais seulement dans les rapports entre associés : chacun devra mettre en commun les gains ainsi accomplis et tous devront participer suivant leur part aux dépenses supportées par l'un d'eux (1).

(1) On a proposé diverses théories en ce qui concerne la personnalité morale des sociétés. Nous ne pouvons rappeler que pour mémoire la théorie de Troplong et de Duvergier qui voulaient voir dans toute société à Rome une personne morale. Ils s'appuient sur une série de textes dans lesquels la société apparaît assimilée aux municipes et aux décuries, personnifiée dans sa caisse commune, elle pourrait donc être elle-même tour à tour débitrice ou créancière : Florentinus, *lib. 8 institutionum*, D., 46, 1, *De fideiuss. et mandat.*, 22 : *Mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fideiussor accipi potest, quia hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas*. Ulpien, *lib. 39 ad edictum*, D., 37, 1, *Bon. possession.*, 3, 4 : *A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio adgnosci potest*. Enfin Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 65, 14 : *Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit et alicuius sociorum quid absit, cum eo sol agendum, penes ea pecunia sit : qua deducta de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt*. Ces textes ne sont pas décisifs; car si certaines sociétés avaient la personnalité morale on ne saurait étendre ce caractère à toutes les sociétés; d'ailleurs dans le texte d'Ulpien, il parle de l'*actor*, expression étrangère en général à une société ordinaire. Quant au troisième texte, 65, 14, de Paul, il n'envisage que l'exécution de la convention sociale par laquelle un associé a été constitué mandataire de tous les autres. Par ce simple fait, il se trouve avoir l'argent entre les mains et il est naturel de s'adresser à lui pour obtenir ce qui est dû par tous les autres; en ce sens, TROPLONG, *Traité des sociétés*, n° 59, p. 77 et s. Une thèse tout opposée a été soutenue par M. COHN, *Zum röm. Vereinsrecht*, Berlin, 1873, p. 155, et reprise par DIETRICH, *Die rechtliche Natur des societas publicanorum*, *Jahrsbur. d. furst u. Landesschule St. Afra.*, Meissen,

Leurs obligations se présentent donc comme des obligations secrètes et personnelles ; cependant sous l'action des néces-

1889, p. 8 et s., et GIERKE O., *Deutsches Genossenschaftes*, III, 1881, p. 4, en principe aucune société n'a la personnalité morale. Il est certain que les sociétés ordinaires ne l'ont pas, mais la question se pose pour les *societates publicanorum*. A l'époque classique, l'importance de ces dernières était très limitée et l'on ne saurait tirer argument du titre de la loi 59 au titre *Pro socio* où Pomponius oppose les *societates publicanorum* ou *publicae* aux *societates privatae*. Le seul texte sujet à critique est Gaius, *lib. 3 ad edictum provinciale*, D., 3, 4, *Quod cuiuscumque universitatis*, 1, pr. : *Neque societas neque huius modi corpus passim omnibus habere conceditur : nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora : ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est veluti pistorum et quorundum aliorum et naviculariorum qui et in provinciis sunt.* Or pour COHN ce texte indique seulement que les ouvriers de certaines sociétés peuvent former un *collegium* avec une autorisation législative ; mais cette disposition serait absolument étrangère à la société elle-même. Il faudrait donc distinguer les *collegia publicanorum* et les *societates publicanorum* : la loi de Gaius ne viserait que les corporations. Cependant dans ce texte on trouve l'emploi très net du mot *societas*, c'est pourquoi il faut expliquer son interpolation. La preuve en résulterait de la comparaison de ce texte du Digeste avec celui qui est rapporté dans les Basiliques (trad. HEIMBACH, I, p. 149). En effet, le mot *societas* n'est pas traduit par *συνωμία* mais par *ἐταιρεία* qui sert précisément à désigner les *collegia* ou les *sodalitates*. D'ailleurs un certain nombre d'inscriptions relatives à des *collegia publicanorum* garantiraient l'exactitude de cette interpolation. Cependant cet argument n'a aucune portée, car l'expression *vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere* s'applique aux sociétés indiquées dans le même texte et non à des *collegia*. D'ailleurs la preuve tirée des Basiliques n'a par elle-même aucune valeur, il faudrait admettre la substitution dans plusieurs textes : D., 37, 1, 3, 4 ; 46, 1, 22 ; 47, 2, 31, 1. Quant aux inscriptions elles révèlent l'existence des *collegia*, ce qui n'est pas incompatible avec l'existence des sociétés (en ce sens, WALTZING, *Collèges professionnels*, I, p. 228). Le texte de Gaius vise donc le cas de sociétés et non de *collegia*. Les *societates publicanorum* peuvent avoir sous les conditions posées par la loi un *corpus*, ce qui se comprend étant donné le fait qu'elles intéressaient l'ordre public. Quant aux sociétés ordinaires, elles ne sauraient avoir d'effets que dans leurs membres. En ce sens, SAVIGNY, *Droit romain*, traduit. Guénaux, t. 2, p. 254 ; KRÜGER, D., *ad h. l.* ; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 84-85 ; KNIEP, *Societas publicanorum*, p. 244-248 ; PERNICE, *Zeit. f. Rechtsgesch.*,

sités du crédit, le besoin de garantie entraînera diverses modifications. Toutes les solutions ne seront que pratiques, ce qui expliquera leur manque d'unité. Aucune théorie juridique nouvelle ne se fait jour. D'ailleurs ce côté de la vie sociale nous échappe pour ainsi dire; car elle se confond avec la vie ordinaire que l'individu, étant seul, pouvait poursuivre. La vente d'un bien social ne produit aucun effet spécial : les règles qui lui seront applicables seront les règles communes. Aussi comprend-t-on ce silence presque absolu du Digeste dans toute cette question de l'organisation de la vie sociale.

*

La société n'existe qu'entre ceux qui ont donné leur consentement au moment de la formation de la société : *qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit* (1).

Principe formel dont la raison se retrouve dans le caractère consensuel du contrat et dans les relations intimes qui vont s'établir entre associés. L'associé n'est plus l'ami auquel on s'unit totalement; cependant il ne peut être qu'une personne bien déterminée en qui il faut avoir confiance. De là découleront des conséquences très importantes dans l'ensemble des règles du contrat : donc Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 19 : *cum enim societas consensu contrahatur socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui*.

De ce caractère vient le principe de l'indépendance d'un associé à l'égard du sous-associé de son associé. Entre eux, aucun accord de volonté, ni l'un ni l'autre ne se sont fait confiance; aucun rapport juridique ne doit donc en sortir : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 19 : *quid ergo si socius meus eum admisit? ei soli socius est*; Ulpien, *lib. 31 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 19.

t. 18, p. 105-106 et n. 3; GIRARD, *Manuel*, p. 588 et n. 2; MITTEIS, *Rom. Privatrecht*, p. 404 et s.

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 19.

num, D., *h. t.*, 20 : *nam socii mei socius meus socius non est* (1). Toutefois cette situation, par le fait que l'associé partage sa fortune entre son coassocié et son sous-associé, ou lui a cédé sa part dans les biens sociaux tout en restant lui-même tenu par le contrat social, ne devait manquer de produire certains effets ; tout au moins en ce qui concerne la communauté de biens : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 21 (2), décide en conséquence que ce que l'associé commun aura réalisé de bénéfices dans la société primitive, il devra le partager avec son associé personnel, sans que ses associés n'aient rien de commun avec lui. C'est là l'application pure et simple du contrat qui les lie tous deux, et cela résulte de son effet relatif. S'il fait au contraire des pertes, le sous-associé ne pouvant agir contre la société, c'est son associé qui supportera seul la perte survenue dans les rapports sociaux primitifs. Enfin s'il fait au contraire des bénéfices avec son associé, il devra partager ces bénéfices avec ses coassociés primitifs : D., *h. t.*, 21 : *sed factum eius praestabitur societati* (3).

(1) Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., 50, 17, *De div. reg. iuris ant.*, 47, 1 : *socii mei socius meus non est*.

(2) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 21 : *et quidquid fuerit de societate nostra consecutus, cum illo qui eum adsumpsit communicabit, nos cum eo non communicabimus, sed factum eius praestabitur societati*. <*id est agit socius et societati praestabit quod fuerit consecutus*>. D., *h. t.*, 21 : la dernière partie de ce texte est interpolée : *id est agit socius et societati praestabit quod fuerit consecutus*. Cf. *Vocabularium*. Gaius, *lib. 10 ad edictum provinciale*, D., *h. t.*, 22 : *Ex contrario factum quoque sociorum debet ei praestare sicuti suum, quia ipse adversus eos habet actionem. item certum est nihil velare prius inter eum qui admisit et eum qui admissus fuerit societatis iudicio agi, quam agi incipiat inter ceteros et cum qui admisit*.

(3) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 23, *pr.* : *De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum mandare sociis sufficit, ut, si facere ille non possit, nihil ultra sociis praestet, an vero indemnes eos praestare debeat. et puro omnimodo eum teneri eius nomine, quem ipse solus admisit, quia difficile est negare culpam ipsius admissum*.



Si l'un des associés ou quelques uns d'entre eux ont contracté avec des tiers, deux groupes sont à distinguer parmi les associés : ceux qui ont directement pris part à l'acte et ceux qui n'ont pas contracté. Ces derniers ne sont nullement engagés vis-à-vis des tiers : l'acte passé est pour eux une *res inter alios acta* : Papinien, *lib. 3 responsorum*, D., *h. t.*, 82 : *iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt* ; aucune obligation, si ce n'est l'obligation générale de ne pas s'enrichir injustement ; aussi dans le cas où l'acte passé leur permet à tous de retirer un certain bénéfice, les tiers auront contre eux l'action *de in rem verso* à concurrence du profit retiré des affaires. Mais un tel cas ne peut se présenter que si l'associé qui a contracté a excédé ses pouvoirs ou a agi sans le consentement de ses coassociés : il a, par exemple, emprunté de son propre chef une somme qu'il a mise en communauté.

Quant à l'associé contractant et aux autres associés contractants, ils sont directement obligés envers les tiers. L'associé est seul, il s'engage pour le tout. S'ils sont plusieurs, ils seront tenus chacun pour leur part et portion virile à moins de disposition contraire résultant soit de la convention, soit du pacte social. Les tiers créanciers pourront agir, sur les biens propres des *socii*, ou sur leur part sociale : il importe peu, car tout bien social que l'un d'eux acquiert ou toute dette qui tombe à sa charge, se confond avec son patrimoine personnel. Qu'une créance soit née d'une opération faite pour son compte particulier, ou d'une opération sociale, tous les créanciers pourront agir sur tous les biens de l'associé. En réalité, il n'y a pas de créanciers sociaux : il n'y a que des créanciers personnels à chaque associé.

Inversement, si un associé a fait naître une créance au profit de la société, le tiers n'aura de rapport obligatoire qu'à l'égard

de ceux qui seront personnellement intervenus dans la convention. Aussi, si l'un des associés a acheté sans le consentement des autres associés un bien quelconque, ce bien n'est pas commun; mais il peut être forcé de le mettre en communauté, car les autres *socii* peuvent agir *pro socio* contre lui : Paul, *lib. 62 ad edictum*, D., *h. t.*, 7 : *si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune : sed societatis iudicio cogitur rem communicare*. A l'égard du vendeur donc un seul débiteur se présente : l'associé qui a en personne acheté; si la chose périt, seul il pourra agir envers les tiers, de même si l'acheteur a fait des impenses, à l'égard du tiers il est seul à les faire, bien qu'en vertu de la communauté de biens existante, il puisse par la suite toucher de chacun de ses associés leur part dans ces frais.

Mais dans quelle mesure un associé pouvait-il valablement engager les biens communs? S'il est seul il ne peut engager que sa part sociale; s'ils sont plusieurs associés, agissant sans que toutefois il y ait eu unanimité parmi les associés, ils ne peuvent engager que le montant total de leurs parts (1). Ce principe découle de la nature de la communauté de biens où tout copropriétaire est titulaire d'un même droit, tout en étant totalement indépendant des autres copropriétaires. Un associé pouvait donc tout en ayant disposé de sa part sociale rester associé, dans la mesure toutefois où des clauses du pacte social ne viendraient pas imposer une règle toute différente.

Une conséquence immédiate de ces principes, c'est que si l'un d'eux abuse de son pouvoir, l'autre associé peut user de l'action *pro socio* pour assurer le respect de ses droits : c'est le cas de copropriétaires associés d'un *fundus communis* : Pomponius, *lib. 43 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 39 : *Si fundus mihi tecum communis sit et in eum mortuum intuleris, agam tecum pro socio* : l'un d'eux ne peut faire sans l'assentiment de

(1) Gaius, *lib. 10 ad edictum provinciale*, D., *h. t.*, 68, *pr.* : *Nemo ex sociis plus parti sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.*

l'autre *socius* d'un *locus purus* un *locus religiosus*, car cet acte emporte non seulement effet sur la part qui lui est propre, mais sur tout le fond.

Un associé peut donc prêter une somme d'argent appartenant à la société, sans le consentement des autres associés, s'il limite son prêt au montant de sa propre part : il en est seul créancier et sa situation est donc la même que celle qui résulterait d'un prêt qu'il aurait pu faire avec son argent personnel (1).

3

Les associés ont agi directement et collectivement avec les tiers. Le droit de chacun est toujours limité au montant de sa part : d'où, bien que l'obligation qui résulte de leur acte juridique à tous, ait été reconnue par tous, l'obligation se fractionnera entre les débiteurs. Apparemment, il n'existe qu'un seul rapport juridique; mais en réalité chaque associé a une dette propre, égale à une fraction de la dette totale. Donc autant d'obligations que d'associés, et chacun d'eux ne pourra être poursuivi que pour sa part. Ces principes sont les mêmes en ce qui concerne les créances qu'ils acquièrent durant la vie sociale.

Mais quel est le montant de la *pars* de chaque associé? la clause du pacte social joue souverainement si leur volonté a été expressément formulée; ou bien dans la convention les associés auraient pu convenir avec le tiers que l'obligation de chacun serait proportionnelle à leur part sociale, par exemple. Cette décision pourra même résulter du simple fait que les associés se sont engagés en cette qualité, donnant connaissance aux tiers de leurs parts sociales : à ce moment

(1) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 12, 1, *De rebus creditis*, 16 : *Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet ceteri dissenserint : quod si communen numeravit, non alias creditam efficit. nisi ceteri quoque consentiant, quia suae partis tantum alienationem habuit.*

les tiers connaissent le contrat de société et on peut les considérer comme ayant accepté les conséquences du contrat (1). Mais en cas de silence, sauf celui de l'indivisibilité de l'objet, on présume que les obligations sont égales entre elles. Comme la garantie pour un tiers quelconque est l'ensemble des biens sociaux dont chacun est copropriétaire, quel est le montant de cette part, est-ce une part rigoureusement égale et proportionnelle au nombre d'associés, ou leur part est-elle proportionnelle à l'intérêt que chacun a dans la société?

Ce sont les principes généraux qui doivent s'appliquer : lorsque plusieurs personnes s'engagent conjointement, l'obligation se divise entre elles par portions viriles : or comme les tiers n'ont pas à prendre en considération le fait que les débiteurs sont associés, ils n'ont donc pas à rechercher la quotité de la part de chacun dans la société (2).



Etant donnée l'extension que devait naturellement prendre

(1) Cette dérogation au principe de l'égalité se déduit d'un texte de Paul, *lib. 2 ad edictum aedilium curulium*, D., 21, 1, *De aedilicio edicto*, 44, 1. Dans ce cas particulier, on reconnaît que les tiers avaient eu, en fait, connaissance du montant des parts sociales, puisqu'ils agissent contre celui *cuius maior pars aut nulla parte minor est*. Paul, *lib. 2 ad edictum aedilium curulium*, D., 21, 1, *De aedilicio edicto*, 44, 1 : *Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit. quia plerumque venalictarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere : aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogeretur emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt : Nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est.*

(2) Papinien, *lib. 11 responsorum*, D., 45, 2, *De duo, reis constituendis*, 11, 1 : *Cum tabulis esset comprehensum « illum et illum centum aureos stipulatos » neque adiectum « ita ut duo rei stipulandi essent », virilem partem singuli stipulati videbantur.* En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 751, n. 1.

relativement à certaines affaires, la société, des perfectionnements allaient s'introduire dans les principes généraux. Le manque de solidarité entre les associés, pour tout acte passé avec un tiers, ne pouvait que porter préjudice au crédit général de l'ensemble des associés. Les nécessités du crédit vont imposer pour une affaire particulière un engagement solidaire des associés; la coutume viendra dans des cas spéciaux imposer la garantie solidaire. Enfin les parties pourront user de moyens juridiques que la pratique commerciale devait les pousser à utiliser, sans que d'ailleurs les règles essentielles du contrat de société aient été jamais de ce fait modifiées.

s

Pour supprimer le partage des obligations, les parties associées pouvaient expressément déclarer qu'en contractant ensemble une obligation, elles la contractaient solidairement : ils sont *correi promittendi*. Ulpien, *lib. 1 ad legem Juliam et Papiam*, D., 35, 2, *Ad legem Falcidiam*, 62, pr. (1), en citant Julien, décide que dans le cas de la loi Falcidie il faut rechercher si, les deux débiteurs étant codébiteurs solidaires, ils sont de véritables associés en ce qui concerne leur dette, car on doit alors diviser la dette entre eux (1). En conséquence, la dette ne se divisera qu'entre eux, mais ils seront tenus solidairement à l'égard du tiers. En outre, en tant que créanciers, ils pouvaient ainsi se constituer comme *correi stipulandi*.

A côté des effets généraux provoqués par la solidarité, en vertu desquels le tiers créancier a contre chaque associé

(1) Ulpien, *lib. 1 ad legem Juliam et Papiam*, D., 35, 2, *Ad legem Falcidiam*, 62, pr. : *In lege Falcidia hoc esse servandum Julianus ait, ut, si duo rei promittendi fuerint vel duo rei stipulandi, si quidem socii sint in ea re, dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniae stipulati essent vel promississent; quod si societas inter eos nulla fuisset, in pendentem esse, in utriusque bonis computari oporteat id quod debetur vel ex cuius bonis detrahi.*

tous les droits qu'il aurait contre un débiteur unique ou inversement chaque associé a sur la créance les mêmes droits que s'il était seul créancier, elle produira des effets particuliers propres à la société.

En matière de compensation, en principe, pour l'opposer en justice au créancier, les deux obligations devaient être échues; et les parties au procès devaient réellement et personnellement être les mêmes parties qui ont figuré dans les obligations (1). Il y avait exception à cette règle en matière de solidarité : le *socius correus* pouvait opposer la compensation du chef de son *correus* : Papinien, *lib. 2 quaestionum*, D., 45, 2, *De duo reis*, 10 : *Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet*. De même en matière de confusion deux débiteurs sont associés et responsables solidairement d'une dette; l'un d'eux hérite du créancier, il ne pourra agir envers l'autre que pour moitié de la dette, alors que s'ils n'avaient pas été associés l'autre débiteur aurait été tenu pour le tout (2).

Mais la solidarité peut-elle être paralysée par le fait de l'insolvabilité de l'un des associés? Paul, *lib. 4 ad Plautium*, D., 14, 3, *De institoria actione*, 14, analyse ces cas particuliers : si un esclave, étranger à une société, a été chargé, dit-il, de faire une opération sociale, dans ce cas une action peut être donnée pour le tout contre l'un ou l'autre; ce qui est dû par chaque associé, l'associé condamné pourra l'obtenir en usant des actions *societatis* ou *communi dividundo*. Mais certainement partout où il n'y a plus d'action *societatis* ni *communi dividundo*, il faudra condamner chacun au montant de sa part : c'est le cas où un individu, ayant fait un prêt par l'intermédiaire de son esclave, lui accorde la liberté, ayant

(1) D., 16, 2, *De compensationibus*, 7, *pr.*; 16, *pr.*; 18, 1; en ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 722, n. 2.

(2) Paul, *lib. 4 quaestionum*, D., 46, 1, *De fideiussoribus et m.*, 71, *pr.* : *Cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere*.

deux héritiers institués; chaque héritier doit alors être poursuivi pour sa propre part, parce qu'il n'y a pas entre eux d'action *communi dividundo* (1). Il pourrait donc sembler que dans le cas où l'insolvabilité d'un associé empêche entre eux l'exercice de l'action *pro socio* récursoire, l'associé ne pouvait être tenu que *pro parte*. Pour que le créancier puisse valablement poursuivre un associé en tant que débiteur *in solidum*, il est nécessaire que ce dernier puisse, après le paiement de la dette, exercer utilement l'action *pro socio* contre ses coassociés.

Cependant la règle est en réalité tout autre. Paul envisage en effet dans son texte le cas d'un maître qui a préposé son esclave à un commerce; l'esclave a emprunté pour le compte de son maître; ce dernier meurt laissant deux héritiers. La dette se divise donc de plein droit entre les héritiers, et il n'existe aucune action, ni *pro socio*, ni *communi dividundo*, entre eux deux. Dans ce cas la solidarité n'existe pas, mais non pas parce que l'un d'entre eux serait insolvable, mais parce que du fait qu'il n'y a aucune société, il ne saurait y avoir aucune action récursoire. En conséquence, l'insolvabilité d'un associé n'empêche pas le créancier d'agir contre un associé débiteur solidaire; seule l'inexistence, pour une raison juridique et non pour une situation de fait, de l'action *pro socio* aurait pu annihiler les effets de la solidarité.

•

La coutume avait consacré deux cas spéciaux de solidarité

(1) Paul, *lib. 4 ad Plautium*, D., 14, 3, *De inst. actione*, 14 : *Idem erit et si alienus servus communi merci praepositus sit : nam adversus utrumque in solidum actio dari debet et quod quisque praestiterit, eius partem societatis vel communi dividundo iudicio consequetur. certe ubicumque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat, veluti si is, cuius servo creditum est, duobus heredibus institutis ei servo libertatem dederit : nam heredum quisque pro sua parte conveniendi sunt, quia cessat inter eos communi dividundo iudicium.*

entre des associés. La solidarité passive entre les associés marchands d'esclaves a son fondement dans l'Edit des édiles (1). Une vente a été faite par plusieurs marchands d'esclaves associés; mais à raison de vices cachés, elle donne lieu aux actions édiliciennes. Dans ce cas l'acheteur avait en vertu de l'Edit deux voies de recours contre les marchands qui l'ont trompé. Il peut poursuivre par l'action *empti* chacun des associés proportionnellement à sa part dans la société, ce qui est la règle ordinaire. Mais il peut aussi poursuivre pour le tout l'associé vendeur qui a la plus forte part dans la société. Il a donc le choix entre plusieurs associés qui auraient des parts égales : de là indirectement se produisent les effets d'une sorte de solidarité; mais c'est un privilège pour l'acheteur qui ne lui a été concédé qu'en haine des marchands d'esclaves et cela reste un cas exceptionnel que de pouvoir poursuivre pour le tout un vendeur associé (2).

Au contraire, la solidarité entre les *argentarii* existait pour une raison tirée du contrat de société lui-même. Dès la République, ce principe s'imposait à tous : seul l'auteur de la Rhétorique à Herennius nous le transmet : 2, 13, 19 : *consuetudine ius est id, quod sine lege aequae, ac si legitimum sit, usitatum est, quod genus : id quod argentario tuleris expensum, ab socio recte petere possim*. Le tiers qui avait contracté avec un banquier pouvait poursuivre pour le tout celui d'entre eux qu'il préférerait : ce qui se produisait normalement lorsqu'un client

(1) Paul, lib. 2 *ad edictum aedilium curulium*, D., 21, 1, *De aedilicio edicto*, 44, 1 : *Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem colunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere : aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogeretur emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt : nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum prouius est.*

(2) En ce sens : TRUMPLER, *op. cit.*, p. 33; KARLOWA, *R. R. G.*, I, p. 1294; LÉVY, *Konkurrenz*, p. 218.

était en relations d'affaires avec une maison de banque. A l'échéance, il pouvait actionner une personne qu'il avait pu ne pas avoir l'intention d'obliger au moment où il avait fait un dépôt irrégulier, par exemple. Le Digeste ne fait que signaler très brièvement et d'une manière peu explicite cette exception : Paul, *lib. 3 ad edictum*, D., 2, 14, *De pactis*, 25, *pr.* : *idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis*. La raison pratique en était très simple : elle tenait aux nécessités du crédit et à l'importance considérable que certaines banques pouvaient prendre du fait de nombreuses succursales à Rome et en province.

Mais la solidarité existait-elle au profit des banquiers à l'égard de leurs clients ? En principe elle aurait dû résulter d'une stipulation spéciale ; mais par un contrat littéral on pouvait créer à leur profit une créance solidaire. Le fait pour chacun d'eux de porter sur leur *codex accepti et expensi* en même temps leur cocontractant comme débiteur, les rendait créanciers corréaux : c'est en vertu de ce contrat que la corréalité existe entre eux (1), et en fait ils seront presque toujours des créanciers corréaux à l'égard de leurs clients (2).

(1) Paul, *lib. 3 ad edictum*, D., 2, 14, *De pactis*, 27, *pr.* : *Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere : tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. idem Labeo : nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur : sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint. quod est verum. idemque in duobus reis stipulandi dicendum est.* De même D., 2, 14, *De pactis*, 9, *pr.* ; 4, 8, *De receptis*, 34, *pr.* En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 507, n. 3 ; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 752 et 659 ; VOIGT, *Ueber die Bankien*, p. 571, n. 14, et 573 ; TRUMPLER, *op. cit.*, p. 35.

(2) On a voulu trouver un fondement à cette solidarité entre banquiers par ce fait que leurs rapports auraient été de simples rapports réciproques d'*institores*. En ce sens, TRUMPLER, *op. cit.*, p. 35 ; SAVIGNY, *Obligations*, I, p. 151 ; en réalité il n'y a ici aucune application directe des règles des *institores*, mais simplement une construction pratique ; d'ailleurs la représentation directe du maître par son *institor* semble être postérieure à la règle de la Rhétorique à Herennius. En ce sens, PERNICE, *Z. S. S.*, t. 3, p. 91.

L'emploi de l'esclave romain, et surtout étranger, dans la direction des affaires, était très fréquent : il permettait sans déchoir de tirer de gros bénéfices d'opérations commerciales d'envergure très variable, d'étendre son activité au loin et de profiter des capacités d'un individu souvent mieux doué que son maître, tout en supportant le moins de risques possibles.

En principe, un esclave fait un achat pour plusieurs maîtres qui le possèdent en commun : l'engagement se produit directement entre eux ; mais surtout, et c'est là l'essentiel, les associés sont responsables solidairement de cette dette. D'une part, l'emploi fréquent des esclaves, d'autre part les effets de ces engagements, permettent de comprendre pourquoi la pratique n'avait pas exigé peu à peu l'extension de la règle de la solidarité des banquiers à toutes les obligations d'associés quelconques avec destiers. L'activité principale des sociétés étant souvent assurée par l'intermédiaire d'esclaves, le besoin de la solidarité ne se faisait donc pas sentir pour les rares situations où les associés agissaient seuls et sans convention particulière.

L'esclave aux origines ne pouvait rendre la situation de son maître que meilleure : il ne pouvait la rendre pire : *melior condicio nostra per servos fieri potest deterior fieri non potest* (1).

Mais le prêteur devait modifier cette législation : il va reconnaître assez rapidement une certaine représentation du maître par l'esclave : l'esclave va contracter pour ses maîtres, et le prêteur accordera contre tous les associés l'action de ce contrat affectée d'une *adjectitia qualitas*.

Les associés pouvaient prendre un engagement par un acte particulier : l'esclave accomplissait l'acte juridique, et les associés étaient tenus en vertu de leur *jussus*, simple déclara-

(1) Gaius, lib. 8 *ad edictum provinciale*, D., 50, 17, *De div. regulis iuris aut.*, 133.

tion par laquelle ils consentaient à assumer les conséquences de l'acte fait par l'esclave (1) : Labéon, *lib. 6 posteriorum a Javoleno epitomatorum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 84 : *quotiens iussu alicuius vel cum filio eius vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit* (2). Si le *jussus* avait été donné par un seul associé, l'action *quod iussu* aurait été donnée contre lui seul ; mais si tous avaient été d'accord, l'action était alors donnée *in solidum* contre eux tous : Ulpien, *lib. 29 ad edictum*, D., 15, 1, *De peculio*, 5, 1 : *sed et si precario res filio familias vel servo data sit, dumtaxat de peculio pater dominusve obligantur*. Mais rapidement le commerce devait se faire à travers les mers et le procédé du *jussus* devait se révéler comme insuffisant ; aussi dès la fin de République, les maîtres d'un esclave, ou son seul maître s'il est associé, pouvaient le préposer à la conduite d'un navire. Ulpien, *lib. 28 ad edictum*, D., 14, 1, *De exercitoria actione*, 1, 1 : *magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est* (3). Il part pour vendre au loin les produits manufacturés de Rome et revenir chargé de blé ; les relations commerciales étaient donc nécessaires avec les tiers, et pour obtenir des crédits les actions pour les ventes et achats ainsi réalisés devaient être accordées aux tiers pour obtenir des *exercitores*, armateurs ou commerçants, l'exécution des contrats passés par leur esclave *magister navis*. Or cette action venait atteindre chacun d'eux *in solidum* : Ulpien, *lib. 28 ad edictum*, D., 14, 1 : *de exercitor. actione*, 1, 25 : *si plures navem exercent, cum quolibet eorum in solidum agi potest*. A la liquidation de leurs rapports sociaux ils prendront part chacun à la dette, suivant le pacte social, et la

(1) En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 679, n. 4.

(2) Ce texte semble avoir été interpolé, sans que l'idée que nous en avons dégagée ici en soit modifiée. En ce sens, MITTEIS, *Lehring. Jahrbücher*, 1898, t. 39, p. 172-173 ; KRÜGER, D., *ad h. l.*

(3) Gaius, 4, 71.

sanction sera assurée par l'action *pro socio* : Paul, *lib. 29 ad edictum*, D., 14, 1, *De exercitor. actione*, 3 : *nec quicquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat, eumque qui praestiterit societatis iudicio a ceteris consecuturum*. La sanction des contrats passés par un esclave en tant que *magister navis* devait conduire le prêteur à sanctionner aussi les contrats passés par un esclave mis à la tête d'un commerce quelconque (1). Un acheteur a traité avec un employé qui a plusieurs *domini tabernae*; les associés seront aussi tous tenus *in solidum*; une seule action *institoria* suffira contre l'un quelconque d'entre eux. Naturellement dès que la *litis contestatio* aura été formée, l'action disparaîtra à l'égard de tous les autres : seul l'associé poursuivi est responsable du montant de la condamnation.

Ulpien rapporte la solution de Julien, *lib. 28 ad edictum* D., 14, 3, *De institoria actione*, 13, 2. Dans le cas où deux ou plusieurs individus ont donné, dit-il l'administration d'un magasin à un esclave, qui leur appartient par parts inégales, Julien se demandait s'ils étaient responsables suivant la quotité de leur droit de propriété, ou pour des parts égales ou proportionnelles du prix, ou en réalité pour le tout. Or Julien dit qu'en s'appuyant sur l'exemple des *exercitores* et de l'action *de peculio*, on pouvait décider que chacun était responsable pour le tout ; quant à ce qu'a payé celui qui a été poursuivi, il peut alors l'obtenir par les actions *pro socio* ou *communi dividundo* (2). Donc, pour se faire rembourser par

(1) Ulpien, *lib. 28 ad edictum*, D., 14, 3, *De inst. actione*, 5, pr. : *cui cumque igitur negotio praepositus sit, institor recte appellabitur*.

(2) Ulpien, *lib. 28 ad edictum*, D., 14, 3, *De institoria actione*, 13, 2 : *Si duo pluresve tabernam exercent et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum, Iulianus quaerit. et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus*.

le fait même de l'existence de la société, l'action *pro socio* pourra toujours être possible, au profit de l'associé condamné en faveur du tiers, sans que l'on ne puisse au contraire prendre en considération l'insolvabilité de l'un des *institores* (1).

Enfin, décide encore Paul, *lib. 4 ad Plautium*, D., 14, 3, *De instit. actione*, 14, il importe peu que les associés aient placé comme administrateur de leur société un esclave qui ne leur était pas commun à tous : chacun cependant reste toujours tenu *in solidum* (2).

Le *magister navis* ou l'*institor* pouvait ne pas être un esclave, il pouvait être un associé. Les règles normales s'appliquent toujours : Ulpien, *lib. 29 ad edictum*, D., 14, 1, *De exercitoria actione*, 4, 1 : *sed si plures exerçant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri*. Par ce fait, les tiers se trouvaient certainement privilégiés ; car la garantie de leurs droits existait, non seulement dans la solidarité entre les *socii*, mais aussi par le fait que les associés étaient aussi tenus par le contrat de société qui était à la base de leurs opérations. Mais il importe de toujours distinguer l'acte générateur de la solidarité et les relations sociales proprement dites ; car pareil effet ne résultera jamais d'un pacte social quelconque, mais seulement d'un mandat particulier. D'ailleurs, si tous exploitent par eux-mêmes le navire, ils sont alors tenus proportionnellement à leurs parts dans l'exploitation : Ulpien, *lib. 29 ad edictum*, D., 14, 1, *De exercit. act.*, 4, pr. : *si tamen plures per se navem exerçant, pro portionibus exercitionis conveniuntur : neque enim invicem sui magistri videntur* ; la société

(1) Paul, *lib. 4 ad Plautium*, D. 14, 3, *De inst. actione*, 14.

(2) Paul, *lib. 4 ad Plautium*, D., 14, 3, *De inst. actione*, 14 : *idem erit et si alienus servus communi merci praepositus sit : nam adversus utrumque in solidum actio dari debet et quod quisque praestiterit, eius partem societatis vel communi dividendo iudicio consequetur*.

a ici pour objet l'exploitation du navire par tous les associés et seules les règles ordinaires s'appliquent.

Mais enfin un tiers quelconque pouvait avoir été choisi soit comme *magister navis*, soit comme *institor*. Le fait d'avoir été engagé par des associés ne vient alors modifier en rien les rapports du tiers et du mandant associé ou non : le tiers pourra agir sans diviser ses poursuites contre tout associé. Dès lors les armateurs *exercitores* sont responsables *in solidum* envers les tiers : Ulpien, *lib. 28 ad edictum*, D., 14, 1, *De exerc. act.*, 1, 25 : *si plures navem exerçant, cum quolibet eorum in solidum agi potest*, et Gaius, *lib. 9 ad edictum provinciale*, h. t., 2, ajoute : *ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit*. Dans le cas d'*institores*, les règles sont les mêmes : les préposants sont tenus *in solidum exemplo exercitorum* (1).

La solidarité entre associés devait encore plus fréquemment être assurée, grâce uniquement à l'emploi de l'esclave auquel ils confient un pécule. Le rôle du *peculium* fut certainement plus important dans la vie commerciale ordinaire que celui de la société : c'est une partie de patrimoine fournie par chacun des associés, avec laquelle l'esclave va agir soit sur l'ordre de ses maîtres, soit de son propre chef. Il agissait comme un commerçant ordinaire sans pouvoir en disposer toutefois d'une manière absolue, à moins que la libre administration lui en ait été concédée (2). L'importance du pécule était très variable; il pouvait comprendre des champs, des maisons, d'autres esclaves, les *vicarii*, qui eux-mêmes avaient un pécule.

L'esclave pouvait consacrer une partie de son pécule au commerce au su de ses maîtres ou à leur insu.

(1) Ulpien, *lib. 28 ad edictum*, D., 14, 3, *De instit. act.*, 13, 2.

(2) En ce sens, MANDRY, *Familiengüterrecht*, 1876, t. 2, § 64; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 4134.

Si les associés avaient connaissance de son activité commerciale, ils ne sont plus alors responsables sur toute leur fortune des engagements pris par l'esclave : leurs pertes sont alors limitées au montant du pécule considéré. Aussi quand les affaires avaient été mauvaises, la liquidation du pécule s'imposait sous la responsabilité des associés. C'est à ce moment qu'apparaissait l'action *tributoria*, qui n'était que l'action en responsabilité contre les associés qui avaient mal dirigé la liquidation du pécule commercial. Les associés devaient distribuer au marc le franc l'actif du pécule engagé; mais seule la partie affectée au commerce garantissait les obligations de l'esclave. Donc l'action *tributoria*, née des exigences du commerce, avait un caractère éminemment commercial; comme sanction de la responsabilité des associés, elle pouvait être exercée contre l'un quelconque des associés, au choix du tiers : Ulpien, *lib. 29 ad edictum*, D., 14, 4, *De tributoria actione*, 3, *pr.* : *sed si servus communis sit et ambo sciant domini, in utrumlibet ex illis dabitur actio*. Cependant ce même texte permet d'établir que dans certains cas le tiers n'avait pas le choix, car il ne pouvait ainsi poursuivre que l'associé qui avait eu connaissance de l'activité commerciale. C'est ainsi que suivant la décision de Julien, *lib. 12 digestorum*, si de deux associés l'un d'eux a seul connu le négoce, l'action *tributoria* ne sera donnée que contre lui, mais pour le tout. Toutefois on devra déduire de la masse ce qui est dû à l'autre maître et il ne peut alors être poursuivi que dans la mesure prévue par l'action *de peculio*(1).

(1) Ulpien, *lib. 29 ad edictum*, D., 14, 4, *De tributoria actione*, 3, *pr.* : *Sed si servus communis sit et ambo sciant domini, in utrum libet ex illis dabitur actio : at si alter scit, alter ignoravit, in eum qui scit dabitur actio, deducetur tamen solidum quod ei qui ignoravit debetur. quod si ipsum quis ignorantem convenerit, quoniam de peculio convenitur, deducetur etiam id quod scienti debetur et quidem in solidum : nam et si ipse de peculio conventus esset, solidum quod ei deberetur deduceretur, et ita Iulianus libro duodecimo digestorum scripsit.*

L'esclave pourra engager son pécule, sans que ses maîtres n'aient connaissance de ses actes. Les créanciers ont alors le droit de poursuivre les associés par l'action du contrat jusqu'à concurrence de l'utilité que ce contrat a pu leur procurer; mais pour l'excédent, ils ne peuvent poursuivre que dans les limites de l'actif du pécule.

L'action de tout contrat passé ainsi par l'esclave peut être donnée simplement *de peculio*, lorsqu'aucun des associés n'a tiré de l'acte aucune augmentation pour son patrimoine. Dans tous les cas, l'action est possible contre tous, et bien qu'un seul soit poursuivi on comprendra dans le montant du pécule toutes les valeurs concédées à titre de pécule par tous les associés. Suivant Gaius, *lib. 9 ad edictum provinciale*, D., 15, 4, *De peculio*, 27, 8, si un individu a passé un contrat avec l'esclave de deux ou plusieurs associés, il pourra agir contre le propriétaire qui lui plaira; il est en effet inique de lui faire diviser ses poursuites, alors qu'il a contracté avec un seul. Il ne doit pas non plus tenir compte, pour calculer la masse du pécule, de ce que l'esclave a reçu de celui qui est seul poursuivi, mais au contraire de tout ce qu'il a reçu des autres. Cependant cela ne doit pas devenir dommageable à l'associé qui a été condamné à payer; aussi pourra-t-il agir lui-même de nouveau contre son coassocié ou ses associés, par l'action *societatis* ou *communi dividundo*, et obtenir ce qu'il a payé en plus que sa part. Donc en règle générale l'associé ainsi poursuivi et condamné pour le tout pourra recourir contre ses coassociés par l'action *pro socio* (1).

(1) Gaius, *lib. 9 ad edictum provinciale*, D., 15, 4, *De peculio*, 27, 8 : *si quis cum servo duorum pluriumve contraxerit, permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri : est enim iniquum in plures adversarios distingi eum, qui cum uno contraxerit : nec huius dumtaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et eius quod apud alterum. nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur, cum possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit a socio sociisve suis consequi.* Ulpien, *lib. 28 ad edictum*, D., 14, 3, *De institoria actione*, 13, 2 : *Si duo*

Dans la répartition de la masse du pécule en vertu de l'action *de peculio*, le fait pour les associés d'ignorer les actes de l'esclave, lui permettait de prendre part lui aussi à la répartition de la masse et naturellement le premier, car à l'opposé de l'action *tributoria* qui exigeait que la liquidation du pécule ait été faite au prorata des créances des tiers (1), l'action *de peculio* n'assurait un remboursement que jusqu'à épuisement du pécule, donc dans l'ordre où les créanciers se présentent. Les associés se trouvaient avantagés; car ils pouvaient avant tout créancier s'assurer le remboursement intégral de leurs créances (2).

Mais les associés sont tenus *in solidum* par l'action du contrat donnée non seulement *de peculio*, mais aussi *in rem verso* : cette action des tiers était une action unique avec deux chefs de condamnation (3). Cette modification de la formule permettait de réclamer au maître le profit réalisé en dehors du pécule et qui s'était appliqué à son patrimoine propre; aussi en ce qui concerne la condamnation *de in rem verso*, seul l'associé dont le patrimoine s'était enrichi pouvait être poursuivi; c'est ce que décide Ulpien, *lib. 29 ad edictum*, D., 15, 3, *Quod iussu*, 13, en rapportant une décision de Julien (4).

pluresve tabernam exerçant et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum, Iulianus quaerit. et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus.

(1) Paul, *lib. 30 ad edictum*, D., 14, 4, *De tributoria actione*, 6.

(2) Gaius, *lib. 9 ad edictum provinciale*, D., 15, 1, *De peculio*, 10.

(3) Gaius, IV, 74 a; en ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 681.

(4) Ulpien, *lib. 29 ad edictum*, D., 15, 3, *Quod iussu*, 13 : *Si in rem alterius ex dominis versum sit, utrum is solus in cuius rem versum est an et socius possit conveniri, quaeritur. et Iulianus scribit eum solum conveniri in cuius rem versum est, sicuti cum solus iussit : quam sententiam puto veram.*

Cependant un associé n'ayant pas profité de l'acte accompli, aurait pu exceptionnellement être poursuivi par l'action donnée *de in rem verso* : Julianus, *lib. 11 digestorum*, Marcellus *notat*, D., 15, 3, *Quod iussu*, 14 (1), en décide ainsi dans l'exemple suivant. Soit un esclave commun à deux associés; l'un des deux seulement lui a confié un pécule. Cet esclave fait un acte au profit de celui qui ne lui a rien remis, ce dernier peut être poursuivi par l'action contractuelle donnée *de in rem verso*. Le tiers créancier poursuit toutefois l'autre associé : il se trouve tenu directement *de peculio* et indirectement *de in rem verso*; mais il aura un recours contre son coassocié par l'action *pro socio*.

L'esclave pouvait non seulement obliger ses maîtres, mais aussi acquérir pour eux. L'application des règles de la représentation dans l'organisation des rapports des associés avec les tiers avait donc permis, tout en ne modifiant pas le contenu même du pacte social, ni les règles normales du contrat de société, d'assurer aux associés une participation à la vie commerciale, tout en s'assurant le maximum de crédit. Tout cet effort du prêteur était parvenu à rendre dans presque tous les cas les associés responsables solidairement. Quels étaient inversement les effets d'un engagement d'un tiers au profit des associés, mais par l'intermédiaire d'un esclave? L'esclave commun pouvait stipuler soit en son nom, soit au nom des *socii* : dans ce dernier cas il pouvait ne pas les désigner, et chacun acquérait proportionnellement à sa part de propriété, ou les désigner nominativement, et chacun acquérait *pro viribus partibus*. Mais si les deux formules étaient combinées, Pomponius décidait que la créance devait se partager par parts

(1) Julianus, *lib. 11 digestorum*, Marcellus *notat*, D., 15, 3, *Quod iussu*, 14 : *Interdum et propter hoc quod in rem alterius socii versum est de in rem verso cum altero agi potest, qui conventus a socio petere potest id in quo damnatus fuerit. quid enim dicemus, si peculium servo ab altero ademptum fuerit? Paulus : ergo haec quaestio ita procedit, si de peculio agi non potest.*

viriles ou non, la question étant une pure question d'espèces. D'ailleurs l'esclave pouvait introduire dans cette stipulation toute clause assurant des parts inégales entre associés, ou même acquérir pour un seul associé, s'il a stipulé nominativement pour ce seul maître (1).

En dernier lieu, entre les associés, les rapports seront toujours réglés par l'action *pro socio* pour rendre commune toute acquisition faite par l'esclave et momentanément entre les mains d'un associé. Gaius, *lib. 3 de verborum obligationibus*, D., 45, 3, *De stipulatione servorum*, 28, 1, décide en effet que si un esclave commun a stipulé en faveur d'un associé, il faut que le bien acquis devienne commun; mais alors celui pour qui la stipulation a été faite pourra certainement agir pour obtenir la part que lui doit son coassocié et cela par l'action *communi dividundo* ou l'action *societatis*; en ce qui concerne le travail de l'esclave pour un associé, la décision est la même (2).

3

Les associés ont traité par l'intermédiaire d'un mandataire libre *sui iuris*. Ce mandataire pouvait être soit un associé, soit un étranger. Les principes ordinaires s'appliquaient toujours : aucune obligation ne peut naître au profit ou à la

(1) Pomponius, *lib. 3 ad Quintium Mucium*, D., 45, 3, *De stipulatione servorum*, 37 : *Si communis servus ita stipularetur : ' Lucio Titio et Gaio Seio dari spondes ? ', quia sunt domini illius, pro civilibus partibus eis ex stipulatione debetur : si vero ita : ' dominis meis dare spondes ? ', pro parte qua domini essent : si vero ita : ' Lucio Titio et Gaio Seio dominis meis dare spondes ? ', dubitaretur, utrumne viriles partes an pro dominica portione eis deberetur. et interesset, quid cuius demonstrandi gratia esset adiectum et quae pars eius stipulationis principalem causam haberet : sed cum ad nomina prius decursum est, rationabilius esse videtur pro virili parte stipulationem eis adquiri, quod dominorum vocabula pro demonstratione habeantur.*

(2) En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 684 et s.; Papinien, *lib. 3 responsorum*, D., 14, 3, *De inst. act.*, 19, pr.; Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 1, *Mandati vel contra*, 10, 5.

charge des associés qui n'ont pas personnellement figuré au contrat. Le mandataire restait donc seul engagé vis-à-vis des tiers (1). Mais ce régime devait se modifier; et le magistrat accorde, sous l'effort des jurisconsultes, en particulier de Papien (2), à côté de l'action du contrat qui subsistera, une action *utilis ad exemplum institoriae actionis*.

Lorsque plusieurs associés avaient ainsi donné mandat de contracter pour eux, dans quelle mesure étaient-ils tenus à la suite de l'acte du mandataire? Lorsque l'un d'eux était *magister navis*, ils sont responsables solidairement envers le tiers (3), de même l'*institor* engage ses préposants *exemplo exercitorum* (4), or peut-on en conséquence admettre que les mandants sont aussi tenus solidairement des dettes de leur mandataire? Il semblerait que l'on puisse étendre entièrement les effets de l'action *institoria* au cas des mandants associés; car ils répondent aux mêmes nécessités pratiques. Cependant la solidarité ne pouvait se présumer; l'action utile ne devait être donnée contre les mandants que *pro parte*. Et même en ce qui concerne les créances, les associés ne furent jamais reconnus comme créanciers prétoriens à côté de leur mandataire, seul créancier au regard du tiers débiteur (5).

De cette situation, on peut rapprocher celle où l'un des associés a agi de son propre chef au profit de la société, et que les associés ont ratifiée en tant qu'acte de gestion : de

(1) En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 675 et s.

(2) Gaius, *lib. 3 de verborum obligationibus*, D., 45, 3, *De stipulatione servorum*, 28, 1 : *Si servus communis ex re unius stipulatus erit, magis placuit utrique adquiri, sed eum, cuius ex re facta est stipulatio, cum socio communi dividundo aut societatis iudicium de parte recipienda recte acturum : idemque esse dicendum et si ex operis suis alteri ex dominis servus adquirat*.

(3) Ulpien, *lib. 28 ad edictum*, D., 14, 1, *De exercitoria actione*, 1, 25; Gaius, *lib. 9 ad edictum provinciale*, D., *h. t.*, 2.

(4) Ulpien, *lib. 28 ad edictum*, D., 14, 3, *De institoria actione*, 13, 2.

(5) En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 686 et s., D. 45, 1, *De verbor. obligationibus*, 126, 2; 14, 3; *De institoria actione*, 1.

solidarité entre eux, il ne pouvait y en avoir aucune application.



Les rapports des associés avec les tiers entraînaient la formation d'actions contre l'associé qui avait contracté, ou contre tout associé s'ils étaient responsables solidairement. Si l'esclave conclut une vente, l'action *empti* sera donnée contre le patron directement avec une *adjectitia qualitas*; de même si l'esclave commun a conclu une société avec un tiers, l'action sera donnée directement contre le propriétaire; mais si le contrat est conclu par un fils de famille, le coassocié pourra attaquer à la fois le père et le fils; car le fils peut s'obliger valablement, ce que ne peut faire un esclave (1).

Par l'action *pro socio*, les parties règlent ensuite la contribution de chacun aux dettes et obligations ainsi formées et s'assurent réciproquement la *communicatio* de tous les biens acquis par un mandataire ou un esclave. Entre eux il ne pouvait être question d'user de l'action *de peculio*: Ulpien, *lib. 29 ad edictum*, D., 15, 1, *De peculio*, 19, 2: *idem etiam contra eveniet, quamvis in duobus dominis sufficiat pro socio vel communi dividundo*; Paul, *lib. 30 ad edictum*, D., *h. t.*, 20: *nam inter se agere socio de peculio non possunt*; car si l'un d'entre eux avait placé son esclave propre à la tête d'une affaire, il ne devra en répondre qu'en tant qu'associé: Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 24 (2), décide que, si deux associés ont placé comme administrateur de leur affaire,

(1) Labéo, *lib. 6 posteriorum a Iavoleno epitomatorum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 84: *Quotiens iussu alicuius vel cum filio eius vel cum extraneo societas coitur directo, cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit*. Pour Mitteis, *Lehrings Jahrbücher*, t. 39, p. 172, ce texte doit être ainsi reconstitué: *Quotiens iussu patris cum filio societas coitur, directo cum patre agi posse...*

(2) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 24: *Plane si ambo socii servum alterius praeposuerint, non tenebitur dominus eius nomine,*

l'esclave propre à l'un d'eux, ce dernier associé ne sera pas tenu de la dette de son esclave, si ce n'est dans la mesure du pécule. Il convient en effet que les charges soient communes puisque tous deux l'avaient choisi. Ces actions contractuelles possédées par les tiers contre les associés ou inversement des associés contre les tiers ne voyaient leur existence nullement conditionnée par l'existence ou non de l'action *pro socio* récursoire; elles s'exerçaient indépendamment l'une de l'autre, les parties n'étant pas les mêmes.

Cependant l'action *pro socio* récursoire soulevait le problème de savoir dans quelle mesure l'associé créancier doit prendre en considération l'insolvabilité de l'un ou l'autre associé débiteur. Si un des associés a vendu un bien, il a partagé le prix entre les associés. L'acheteur agit peu après en garantie contre son vendeur; même si parmi les associés, certains sont devenus depuis insolvable, l'acheteur agira pour le tout contre son vendeur sans qu'il ne subisse les conséquences de l'insolvabilité de certains associés. Cette règle est certaine lorsqu'un seul associé a agi au nom de tous ou s'ils sont responsables solidairement; mais si tous ont concouru à l'acte de vente, sans qu'aucune solidarité n'ait été stipulée, l'acheteur aurait dû diviser alors ses poursuites entre ses vendeurs et supporter ainsi les risques d'insolvabilité de certains, sans pouvoir recourir en garantie contre les autres pour le montant de cette perte (1).

nisi dumtaxat de peculio : commune enim periculum esse oportet, cum ambo eum praeponanus.

(1) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 67 : *Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debet ita, ut ei caveatur indemnem eum futurum. Quod si iam damnum passus est, hoc ei praestabitur, sed si pretium communicatum sit sine cautione et aliquid praestiterit is qui vendidit, an, si non omnes socii solvendo sint, quod a quibusdam servari non potest a ceteris debeat ferre? sed Proculus putat hoc ad ceterorum onus pertinere quod ab aliquibus servari non potest, rationeque defendi posse, quoniam, societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.*

CHAPITRE V

L'EXTINCTION D'UNE SOCIÉTÉ

I. — *Les causes d'extinction de la société.*

SOMMAIRE. — Les causes d'extinction du contrat de société. — a) Les associés peuvent d'un consentement unanime provoquer la dissolution de leur association. b) Un seul associé peut renoncer à ses droits dans la société et entraîner ainsi la dissolution de la société. c) Le droit de renonciation de tout associé est limité par certaines conditions de forme et de fond, dont le but est d'assurer la protection des intérêts des autres associés. Clauses particulières du pacte social, relatives au droit de renonciation des associés. — Le contrat de société est toujours dissous par la mort d'un associé; à l'exception du cas de la société de publicains, le associés ont la coutume, dans leur pacte social, d'introduire des clauses dont le but est d'atténuer les inconvénients qui résultent d'une extinction nécessaire et imprévue de leur contrat. La société entre débiteurs corréaux n'est pas éteinte par la mort d'un associé : le caractère de cette société, accessoire à un autre contrat principal. — La *capitis deminutio* d'un associé entraîne la dissolution de toute société. Dès l'époque classique, l'associé frappé de *capitis deminutio minima* reste associé, et l'ancienne société n'est plus éteinte. — La ruine totale d'un associé provoque l'extinction de la société; les différents cas à l'époque classique. — En cas de perte du bien commun, ou à la fin des opérations sociales, la société prend toujours fin. — Étant donné l'effet extinctif de la *litis contestatio*, le fait pour les associés d'agir par l'action *pro socio* entraîne l'extinction du contrat de société. — Les causes d'extinction de la communauté de biens : l'extinction du contrat de société n'entraîne pas nécessairement le partage des biens communs.

Toute société, dont l'exécution nécessite une suite d'actes juridiques conformes à son but, pendant un temps déter-

miné ou indéterminé, est, par sa nature même, limitée dans le temps : Paul, *lib. 33 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 70 : *nulla societas in aeternum coitio est*. La communauté de biens ou d'acquêts a été l'objet de l'accord des volontés : ce consentement unanime s'est traduit pratiquement dans l'adoption des différentes clauses d'un pacte social, ou simplement dans cette adhésion tacite aux règles coutumières et légales. Or les associés ont pu prévoir une limite à leur association dans le temps, des cas de rupture de leur accord, des modalités particulières : il suffit que ces dispositions soient licites, morales et conformes à la nature juridique de la société.

La société pouvait avoir été conclue à terme ou pour une durée indéterminée : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 1, *pr.* : *societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus vel ex tempore*. Si la société a été conclue à terme, à la date fixée la société sera dissoute. Mais au contraire elle peut avoir été formée pour subsister tant que l'accord des associés durera ou pourra durer, tant que l'objet de la société existera ou que l'activité sociale n'aura pas touché à sa fin. Donc la société existera tant que le consentement ne sera pas démenti par la renonciation de l'un des contractants, brisé par la mort ou par un nouvel état juridique d'un associé, causé par la rupture voulue par tous et manifestée dans un nouvel accord de volontés, ou enfin provoquée par l'emploi de l'action *pro socio*. Ulpien, *lib. 34 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 63, 10, résume l'ensemble des causes d'extinction de la société, en disant que la société est dissoute *ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione* (1).

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 63, 10 : *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas, intereunt autem homines quidem <maxima aut media> capitis diminutione aut morte : res vero, cum aut nullae relinquuntur aut condicionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit, quisquam socius est neque eius quae consecrata publicatam sit, voluntate distrahitur societas renuntiatione.*



De même que le contrat de société s'est formé par le consentement de tous les contractants, de même il peut prendre fin à tout moment par l'accord des volontés de tous les associés : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 65, 3 : *Diximus dissensu solvi societatem : hoc ita est si omnes dissentiant* (1). Leur volonté ne devait même pas dans tous les cas être formellement exprimée : Callistratus, *lib. 4 quaestionum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 64, décide en effet que le simple fait pour des associés d'accomplir seuls des actes de commerce qu'ils n'auraient accomplis que pour le compte de la société auparavant, permet de déduire qu'ils ont résolu de rompre leur contrat (2). Les tiers ne sauraient sans aucun doute se prévaloir d'une situation désormais éteinte ; et, étant donné surtout le caractère secret de la société romaine, seule entre les associés la preuve d'une semblable dissolution pouvait donner lieu à des difficultés.



Comme la société ne pouvait exister que par le consentement de tous, il suffisait que l'un d'eux manifeste son désaccord sous certaines conditions cependant, pour que la société soit réellement dissoute : Gaius, III, 151 : *At cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur* (3). Ce droit est tellement important qu'aucune clause ne pourra le supprimer et que même une renonciation dolosive produira des effets.

(1) De même, Ulpien, *lib. 48 ad Sabinum*, D., 50, 17, *De div. reg. aut.*, 35.

(2) Callistratus, *lib. 4 quaestionum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 64 : *Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur.*

(3) Modestin, *lib. 3 regularum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 4, 1 : *Dissociamur renuntiatione morte capitis minutione et egestate.*

Comment concilier alors le droit d'un seul individu avec le respect qui est dû aux droits des autres associés? quelle sanction pourra frapper l'associé qui au mépris du droit des autres, aura rompu d'une manière inopportune ou intempestive? Dans tous les cas, la société sera dissoute : tous les liens qui unissent à lui ses autres coassociés sont définitivement rompus; mais il ne peut briser le lien qui l'attache à ces mêmes coassociés : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 65, 6 : *item qui societatem in tempus coit eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat*. Situation comparable à celle qui règle les rapports entre copropriétaires d'un même bien : la volonté de l'un d'entre eux peut s'opposer à l'ensemble des volontés des autres coassociés : les idées de prépondérance à accorder en faveur de la majorité à condition qu'elle se conforme à l'utilité sociale n'apparaîtront qu'au Bas-Empire (1). D'ailleurs dans le contrat de société lui-même, ce caractère d'indépendance de chaque associé est resté caractéristique.

Entraînant une rupture du consentement, la renonciation de l'associé n'avait en principe aucune forme. Cependant elle devait, pour être valable, avoir été portée à la connaissance des associés. Normalement l'associé devait la signifier lui-même et la date était ainsi nettement fixée; il y avait intérêt, car la renonciation faite par un associé en l'absence de son coassocié ne tire ses effets que du moment où l'absent a connu le fait. Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 17, 1, décide que celui qui a renoncé en l'absence de son coassocié doit, jusqu'à ce que l'autre associé le sache, mettre en communauté tout ce qu'il acquiert, tout en répondant seul des actes dommageables à la société (2).

(1) En ce sens, RICCOBONO, *Communio*, p. 33 et s.; 93 et s.; FERRINI, *Pandette*, p. 447 et s.; BONFANTE, *Bull. d'Ist. D. R.*, 1913, p. 204 et s.

(2) Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 17, 1 : *Si absenti renuntiata societas sit, quoad is scierit, quod is adquisivit qui renuntiavit in commune redigi, detrimentum autem solius eius esse qui retuntiaverit : sed quod*

Si la société avait été formée par un esclave, le maître ne devait pas seul manifester sa volonté de rompre, mais l'esclave lui-même devait renoncer (1); aussi au cas de société formée sur le *iussus* du maître, le retrait du *iussus* ne suffisait pas; l'esclave comme son maître devaient manifester extérieurement leur volonté.

L'associé pouvait renoncer par l'intermédiaire d'un *procurator* qui pour cet acte n'avait besoin d'aucun mandat spécial. Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 65, 7, admet en effet que l'on peut renoncer à la société par l'intermédiaire d'un individu quelconque, à plus forte raison donc, par *procurateur*. Mais à son avis la question se posait de savoir si cette renonciation pouvait être faite par un *procurator omnium bonorum*, ou s'il était nécessaire qu'il ait eu un mandat spécial. Pour lui, dans ces deux cas, la renonciation est valable, à moins que le maître n'ait interdit d'une manière formelle à son *procurator omnium bonorum* de renoncer à la société (2).

absens adquisiit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse.

(1) Pomponius, *lib. 13 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 18 : *Si servus societatem coierit, non sufficet, si iubeatur a domino servus abire a societate, sed socio renuntiandum est.*

(2) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 7 : *Renuntiare societati etiam per alias possumus : et ideo dictum est procuratorem quoque posse renuntiare societati, sed utrum de eo dictum sit, cui omnium bonorum administratio concessa est, an de eo, cui hoc ipsum nominatim mandatum est videamus, an vero per utrumque recte renuntietur ? Quod est verius, nisi si prohibuerit eum dominus specialiter renuntiare.* Le dernier membre de phrase de ce texte est certainement interpolé : *nisi si prohibuerit eum dominus specialiter renuntiare*. Ce texte oppose un *procurator omnium bonorum* et un *procurator unius rei*, distinction dont le caractère est par lui-même douteux : en ce sens, LE BRAS, *Le procurator*, thèse Paris, 1922, p. 81; et d'autre part le mot *nisi* se rapporte aux deux cas de *procuratores*, étant donnée sa place dans le texte, or s'il se comprend pour le *procurator omnium bonorum*, le sens de cet élément de phrase ne répond plus à la situation du *procurator unius rei* : en ce sens, EISELE, *Beiträge*, Z. S. S., 1889, t. 10, p. 307.



Pour que la renonciation de tout associé ne soit entachée d'aucun vice et qu'elle libère complètement les associés les uns à l'égard des autres, il faut qu'elle n'entraîne aucun dommage ni préjudice aux associés. Cependant faut-il prendre en considération l'intérêt d'un seul associé qui serait lésé sans que les autres ne le soient? Labéon pose un principe, D., 17, 2, *Pro socio*, 65, § : si l'un des associés, dit-il, a renoncé à la société à un moment où il n'était pas de l'intérêt des associés de rompre leur société, cet associé pouvait être poursuivi par l'action *pro socio*. Ce serait le cas d'associés qui ont acheté des esclaves; or l'un d'entre eux renonce à la société, au moment où il ne convient pas de revendre des esclaves; dans ce cas il répondra donc du dommage qu'il a ainsi causé à la société (1). D'une manière générale l'action *pro socio* sera accordée contre tout associé qui aura lésé les intérêts particuliers des associés et non pas provoqué un préjudice à un certain intérêt collectif. Et Proculus reconnaît l'exactitude d'un tel principe : D., *h. t.*, 65, § : *hoc ita verum esse*; tout en admettant d'ailleurs la possibilité d'une limitation conventionnelle de ce droit : D., *h. t.*, 65, § : *si nihil de hoc in coeunda societate convenit*. Le reste du texte attribué à Proculus est par contre certainement interpolé : il ne peut être que l'œuvre de compilateurs : *si societatis non intersit dirimi societatem : semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis :*

(1) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, § : *Labeo autem posteriorum libris scribit, si renuntiaverit societatis unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione : nam si emimus mancipia civita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriore causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. Proculus hoc ita verum esse ait, si societatis non intersit dirimi societatem : semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit. haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit.*

servari solet, sed quod societati expedit (1). Proculus en effet déclare que c'est l'intérêt général et non plus celui de chacun des associés qui doit être pris en considération. Il existe donc une contradiction très nette entre le principe de Labéon et celui de Proculus et il est remarquable que Proculus posant une affirmation nouvelle l'ait présentée en affirmant au préalable l'exactitude du principe plus ancien : *hoc ita verum esse*. D'ailleurs l'emploi de *solet*, si fréquent chez les compilateurs, est un terme peu énergique pour marquer une modification aussi profonde; l'emploi d'un verbe comme *servatur* se serait au moins imposé. Mais surtout la contradiction s'accroît par ce fait que Labéon accorde l'action *pro socio* contre tout individu qui a par sa renonciation causé un dommage au demandeur à l'action, alors que Proculus inversement n'accorde l'action *pro socio* qu'au cas contraire : il nie ainsi le bien-fondé de la décision de Labéon; ce dernier dit en effet : *interfuit socii non dirimi societatem*, et Proculus reprend inversement : *si societatis non intersit dirimi societatem*. Tout l'ensemble du texte de Proculus est donc l'œuvre des compilateurs; il répond en effet à des principes reconnus au Bas-Empire, et la règle de Labéon demeure donc seule à l'époque classique : *hoc ita verum esse, si nihil de hoc in coeunda societate convenit*.

Donc, pour que la renonciation d'un associé puisse être attaquée, il faut qu'elle ait provoqué un préjudice aux associés eux-mêmes et non pas lésé l'intérêt collectif et général de la société distincte de ses membres.

Enfin pour que la renonciation de tout associé ne soit ni intempestive, ni inopportune, il importe qu'elle ne soit pas faite de mauvaise foi, mais avec un motif sérieux. La renonciation d'un associé est valable, et aucune action *pro socio* ne lui sera opposée si ses coassociés, par exemple, ne tiennent pas leurs engagements à son égard ou le lèsent dans ses intérêts (2). Le départ prolongé d'un associé pour le service de

(1) En ce sens, RICCOBONO, *Communio*, p. 100 et s.; KRÜGER, D., *ad h. l.*

(2) Ulpian, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 14 : *Si convenerit inter socios*,

l'Etat est aussi un cas légitime de renonciation sans avoir toutefois un caractère très absolu : il part contraint et ne peut que liquider des situations juridiques où son activité personnelle est effectivement nécessaire (1).

Lorsqu'un associé aura, par sa renonciation faite de mauvaise foi, lésé les intérêts de l'un des associés, il y aura renonciation intempestive ou inopportune.

Il y aura de sa part renonciation intempestive ou à proprement parler frauduleuse, lorsque l'associé voudra par cet acte réaliser pour lui seul un bénéfice qui devait incessamment tomber dans le patrimoine social. Dans une société de tous biens une succession avantageuse est sur le point d'échoir à l'un des associés. Or pour recueillir tout le bénéfice, il se retire de la société, ce qui ne manque pas d'être préjudiciable à chacun des associés. Cassius et Paul décident qu'en réalité la société ne sera dissoute que contre l'associé renonçant. Donc les associés prendront part à l'actif de la succession, et si par hasard le passif en était supérieur à l'actif, l'associé renonçant devrait en supporter tout le poids (2).

ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. quid tamen si hoc convenit, ne abeatur, an valeat? eleganter Pomponius scripsit frustra hoc convenire : nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio. Nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia condicio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur : aut quid si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati?

(1) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 16, pr. : *Idemque erit dicendum, si socius renuntiaverit societati, qui rei publicae causa diu et invitus sit afuturus : quamvis nonnumquam ei obici possit, quia potuit et per alium societatem administrare vel socio committere : sed hoc non alias, nisi valde sit idoneus socius aut facilis afuturo etiam per alium societatis administratio.* Pour KRÜGER, D., *ad h. l.*, la fin de ce texte : *sed hoc non alias...* serait une interpolation ou tout au moins une glose postérieure à Ulpien.

(2) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 3 : *Diximus dissensu solvi societatem : hoc ita est, si omnes dissentiunt. Quid ergo, si unus renuntiet? Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios*

Julien admettait les mêmes conséquences à un tel acte : une société avait été formée pour faire un achat en commun ; l'un d'entre eux pour faire seul l'acquisition projetée, renonce à la société. Le coassocié lésé pourra exiger ce qu'il était en droit d'espérer de l'opération. Toutefois s'il avait eu un intérêt certain à rompre, sans faire l'acquisition d'ailleurs lui-même, il n'aurait pas eu à participer aux frais d'achat cependant accompli par l'autre associé ; sa renonciation était alors légitime et efficace (1).

Mais de tels principes auraient pu être source d'abus. Il était tout d'abord certain que pour Cassius, au cas de succession, seul le résultat final de la liquidation héréditaire, se soldant soit par un gain, soit par une perte, est l'objet du droit des associés. Il ne faut surtout pas appliquer le principe en dehors du fait que le renonçant a visé : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 47, 2, *Pro socio*, 65, 3 : *quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum quia nec dolus admissus est in eo* : les gains que le *socius omnium*

suos, se autem ab illis non liberare. Quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit : ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. Quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo; Gaius, III, 151 : *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant. At cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. Sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucri fecerit quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Mihi vero quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

(1) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., h. t., 65, 4 : *Item si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere ideoque renuntiaveris societati, ut solus emeris, teneberis quanti interest mea : sed si ideo renuntiaveritis, quia emptio tibi displicebat, non teneberis, quamvis ego emero, quia hic nulla fraus est : eaque et Iuliano placent.*

bonorum va faire en dehors de la succession vont lui appartenir en propre, parce que ce n'est pas d'une manière dolosive qu'il a recherché ces gains (1).

Il pouvait y avoir renonciation simplement inopportune ou à contre-temps : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 48, 2. *Pro socio*, 65, 6, rapporte un exemple donné par Labéon. Dans une société formée pour acheter et vendre des esclaves, l'associé qui renoncerait au moment où, sur le marché, les esclaves sont à bas prix, ferait une renonciation inopportune : il se verrait donc obligé d'indemniser ses coassociés (2).

o

Au cas où une société est contractée pour une durée déterminée les associés ne perdraient-ils pas le droit à renonciation ? La fixation d'un terme ne saurait priver un associé du droit de se retirer de l'association à tout moment : cependant en exerçant ce droit, il viole la convention à laquelle il s'est engagé. Par la fixation d'un terme, la liberté de se retirer ne se trouve restreinte que par ce fait : il est responsable de son acte, au regard de son coassocié, même sans lui causer de préjudice, s'il ne peut justifier d'un motif sérieux (3). Et il est certain que si la société se poursuit au delà du terme fixé, les

(1) Cf. Gaius, III, 151.

(2) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 5 : *Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione : nam si emimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriolem causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. Proculus hoc ita verum esse ait.*

(3) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 6 : *Item qui societatem in tempus coit eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat : itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium, aeque praestabit portionem : nisi renuntiatio ex necessitate quodam facta sit. Quod si tempus finitum est, liberum est recedere, quia sine dolo malo id fiat.* Pour BESELER, *Beiträge*, III, p. 30 et 144, ce texte a subi un remaniement que l'emploi des mots *dispendium* et *recedere* rendrait possible.

règles normales s'appliqueront : il ne sera responsable des effets de sa renonciation que s'il a causé un préjudice à son coassocié sans avoir pour un tel acte une raison juridiquement valable.

Pour éviter les inconvénients de la liberté trop grande des associés, le pacte social pouvait contenir des clauses dont le but était de restreindre le droit de renonciation des associés; inversement d'ailleurs, ils pouvaient aussi vouloir augmenter leur liberté. En principe, les simples règles légales assuraient à l'associé une garantie suffisante (1). Cependant les parties pouvaient dans leur pacte social avoir modifié ces règles (2). Les parties ont pu admettre comme clause particulière une disposition renfermant la prohibition de se retirer de la société pendant un temps déterminé; Pomponius et Ulpien affirment qu'une telle clause ne peut avoir juridiquement d'effet absolu (3). Ulpien en particulier admet qu'on peut rester en indivision et que s'engager à rester dans cet état n'équivaut pas à l'engagement de rester en société. Il est en effet certain qu'on peut laisser les biens en commun et ne plus être associé. Quant à l'effet de la clause *ne intra certum tempus communis res dividatur*, il n'y a pas là défense de renoncer à la société, mais tout *socius* ne peut se retirer sans donner un motif; une seule condition s'impose : son acte ne doit pas être frauduleux : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 16, 1 : *qui igitur paciscitur ne dividat, nisi aliqua justa ratio*

(1) Paul, *lib. 6 ad edictum*, D., *h. t.*, 17, 2 : *In societate autem coeunda nihil attinet de renuntiatione cavere, quia ipso iure societatis intempestiva renuntiatio in aestimationem venit.*

(2) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 6, *in fine*.

(3) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 14 : *si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur. quid tamen si hoc convenit ne abeatur, an valeat? eleganter Pomponius scripsit frustra hoc convenisse : nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem. sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntietur potest rationem habere renuntiatio.*

intercedat, nec vendere poterit, ne alia ratione efficiat, ut dividatur.

Mais la clause *ne omnino divisio fiat* à laquelle ils auraient pu s'engager est au contraire nulle (1); elle s'oppose au principe général de Paul, *lib. 33 ad edictum*, D., *h. t.*, 70 : *nulla societas in aeternum coitio est*. Toutefois ne va-t-elle pas produire certains effets : Ulpien dit que c'est en vain qu'une telle convention est passée; mais on peut renoncer sous la sanction de l'action *pro socio*, alors qu'avec une clause prévoyant une limite dans le temps on ne peut renoncer que pour des motifs sérieux; on pourrait donc aussi admettre que cette clause aura pour effet de faire considérer comme frauduleuse toute renonciation sans motif.

Les associés pouvaient enfin introduire une clause par laquelle ils se réservaient le pouvoir de se retirer d'une façon même frauduleuse. Il est certain que les parties sont maîtresses de leur convention, cependant surtout dans la société où la bonne foi exige un respect encore plus absolu, la limite du droit des associés se trouve naturellement dans l'interdiction de tout dol. Donc toute clause qui consacrerait le dol de l'un des associés ne peut être que nulle.

En définitive, le principe *socium a se liberat, non se liberat a socio*, ne s'applique qu'au cas de renonciation frauduleuse ou inopportune, et enfin lorsque les mesures de publicité n'ont pas été prises par l'associé renonçant. Dans tous les autres cas, les associés sont libres de renoncer à la société et par conséquent d'en provoquer la dissolution.



Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 47, 2, *Pro socio*, 65, 9 : *Morte*

(1) Paul, *lib. 4 ad Plautium*, D., 40, 3, *Communi dividundo*, 14, 2 : *Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est : sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.*

unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint (1). La mort de l'un des associés est une cause de dissolution de la société. Cette conséquence tient au caractère consensuel du contrat, qui exige, pour son maintien, l'existence des volontés qui en ont assuré la formation; chacun collabore à l'accord; que l'un d'eux vienne à manquer, l'équilibre envisagé et recherché sera rompu. Le maintien de la société serait non seulement une violation de la volonté des parties, mais s'opposerait au caractère essentiel de la société ordinaire (2); car la mort, en tant qu'événement naturel, produit la dissolution de la société comme le *contrarius dissensus* : dans les deux cas l'accord de volontés nécessaire à la poursuite de la vie sociale n'existe plus. Toutefois, dans la mesure où le principe de la dissolution sera respecté, les associés vont cependant pouvoir prévoir la solution de quelques difficultés qu'une rupture aussi brutale et inattendue ne manquera de créer : ils vont chercher à en atténuer les inconvénients suivant leurs besoins et les nécessités sociales. Aussi, prévoyant le préjudice qui pourrait résulter d'une pareille liquidation à un moment quelconque, la société pourra sub-

(1) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 65, 9 : *Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit. nec heres socii succedit : sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo quod ex ante gesto pendet tam ab herede quam heredi praestandum est*. Ce texte soulève toute la question des clauses du pacte social et de leur étendue. Si ce texte est interpolé, c'est donc Justinien seulement qui aurait reconnu aux associés le droit de modifier en partie les effets de la mort, comme cause de dissolution. L'emploi du terme *nisi* ne semble pas toutefois une preuve suffisante, car on le retrouve au même titre dans un texte de Pomponius, rapporté par Paul et relatif à des clauses réglant la renonciation à la société. Il semble donc qu'il n'y ait aucun doute en ce qui concerne le fragment 65, 9. En ce sens, DESSERTAUX, *Capitis deminutio*, I, p. 174. D'ailleurs cette liberté est conforme à la nature du contrat et aux règles juridiques et pratiques qui président à sa formation.

(2) En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 590; PERNICE, *Parerga*, p. 96 et s.; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 653. *Contrà*, DESSERTAUX, *Capitis deminutio*, II, 1, p. 175 à 186; 225 à 229.

sister entre les survivants, si dans le pacte on a prévu une clause en ce sens : l'héritier retirera le montant de la part de son auteur ou poursuivra même un certain temps les opérations sociales : mais jamais il ne sera un associé dans la société primitive (1).

Dès la République, une exception très importante existait au principe : certains associés pouvaient voir leur héritier leur succéder en tant qu'associé, sans transformation aucune de l'association elle-même. En effet, dans les *societates publicanorum*, la société continue entre les survivants et l'héritier (2). Donc le principe que la mort produit forcément la dissolution n'aurait été que celui communément admis par les associés ordinaires. Toutefois on ne peut dire si primitivement les *societates publicanorum* ont été soumises au même principe que toutes les autres sociétés; cependant ce sont des raisons particulières qui permettent de rendre compte de cet autre principe qui leur est encore applicable à l'époque classique : l'associé qui meurt rend son héritier non seulement créancier ou propriétaire à l'égard de la société, mais il le rend associé au même titre que lui, sous la condition que toutes les formalités tendant à le reconnaître aient été accomplies (3).

(1) Gaius III, 152 : *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit*. Ulpien, lib. 31 ad edictum, D., h. t., 52, 9 : *Idem respondit societatem non posse ultra mortem porrigi, et ideo nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit vel cognatum ulteriorem proximioribus praeferre*. Paul, lib. 32 ad edictum, D., h. t., 65, 9 : *nec heres socii succedit*; de même, 65, 11

(2) Pomponius, lib. 12 ad Sabinum, D., h. t., 59, pr. : *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. haec ita in privatis societatibus ait : in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat : quod ipsum ex causa aestimandum est. quid enim, si is mortuus sit, propter cuius operam maxime societas coita sit aut sine quo societas administrari non possit?*

(3) Ulpien, lib. 31 ad edictum, D., h. t., 63, 8 : *In heredem quoque socii*

Il faut en tout premier lieu reconnaître que l'héritier n'est pas, par le fait même de la mort de son auteur, un associé : il est propriétaire d'une part sociale, acquiert les bénéfices qui en résultent, mais ne participe pas pour autant à l'administration sociale : il doit avoir été *adscitus*. De plus la durée elle-même de la société était rendue nécessaire par la nature du contrat de ferme qui la liait à l'Etat et une résiliation avant terme ne pouvait être qu'exceptionnelle. En conséquence cette exception, surtout importante au moment de la République, ne peut se comprendre qu'en analysant la forme particulière de ces sociétés. Qu'il y ait eu application des règles des *collegia*, les faits en sont une preuve presque certaine : ces sociétés pouvaient ainsi, sans prendre en considération la mort de l'un de ses fondateurs, répondre au besoin d'une institution dont le caractère devait être de pouvoir durer. Que cependant la considération des personnes reste toujours une préoccupation essentielle, les clauses que le pacte social ne manquait de prendre relativement à l'admission des nouveaux associés, en sont une preuve.

Sabinus reconnaissait d'ailleurs des exceptions à ce principe particulier : Pomponius, *lib. 12 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 59, *pr.* : *quid enim, si is mortuus sit, propter cuius operam maxime societas coita sit aut sine quo societas administrari non possit?* (1). Que ces exemples ne soient pas classiques, mais une simple glose, le principe n'en est pas moins net (2) ; la société est dissoute lorsque celui qui meurt était le

pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit : < licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est >. et circa societates vectigalium ceterorumque idem observamus, ut heres socius non sit nisi fuerit adscitus, verum tamen emolumentum societatis ad eum pertineat, simili modo et damnum adgnoscat quod contingit, sive adhuc vivo socio vectigalis sive postea : quod non similiter in voluntaria societate observatur.

(1) LENEL, *Paling.*, II, Sabinus, col. 115, n° 537.

(2) KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 658 ; DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 175, n. 7 : sur le caractère classique du fragment 65, 9, au titre *Pro socio* du Digeste. Il est certain que les associés pouvaient être empêchés par une clause du

seul associé capable d'administrer les affaires sociales, ou lorsque l'association n'avait été formée que pour lui permettre de poursuivre une activité plus grande. Cependant cette application du principe plus général ne peut se concevoir comme règle applicable aux sociétés de la République, mais comme un principe purement classique. L'introduction de cette exception, tout au moins dans son principe, par Sabinus, ne pouvait trouver sa raison que dans les petites sociétés de publicains de l'Empire, groupant quelques membres seulement.

*

Dans les *societates privatae*, différentes clauses devaient peu à peu adoucir la rigueur primitive du principe sans que cependant l'héritier ne devienne jamais un associé.

Les associés pouvaient prévoir qu'au cas de mort de l'un d'eux, la société continuerait entre les survivants; Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 65, 9 : *morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit*. L'héritier obtient, de ce fait, la part de son auteur; il peut même rester copropriétaire des biens sociaux pendant un temps plus ou moins long. C'est ainsi que parfois il pouvait être astreint à achever une opération sociale commencée par l'associé décédé et il est alors responsable de ses actes à l'égard de la société (1). D'ailleurs l'héritier pouvait entrer dans la société des associés survivants, mais il prenait part, non plus à l'ancienne société qui est naturellement dissoute, mais à une

pacte social de demander le partage pendant un temps fixé : un tel pacte est valable et tire ses effets même après la dissolution du contrat de société : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 14 : *si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur*.

(1) Pomponius, *lib. 17 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 40 : *heres socii quamvis socius non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt per heredem explicari debent : in quibus dolus eius admitti potest*.

nouvelle société formée en vertu d'un nouvel accord de volontés. Dans ce cas, le fait simple de continuer les opérations sociales permet même de considérer qu'ils ont reconstitué tacitement une nouvelle société (1).

L'héritier ne peut faire partie de l'ancienne société, même si tel était le désir de l'associé disparu : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 35 : *nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit*; bien que l'héritier ait été désigné dans le pacte social et qu'une clause lui ait assuré le rang d'associé sans rien dissoudre, la société sera néanmoins obligatoirement rompue : Pomponius, *lib. 12 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 59, *pr.* : *adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati* (2).

Cependant comme au cas de renonciation, on admettait que le principe de dissolution ne pouvait s'appliquer que lorsque tous les associés auraient eu connaissance de la cause qui avait provoqué la rupture de leur accord (3). Il est certain qu'il faut voir en cette conséquence un effet du caractère consensuel du contrat. Toutefois un autre texte fait allusion à un cas assez particulier : celui d'une *societas unius rei*; son objet étant un corps certain, elle poursuit certains de ses effets même après la mort d'un associé. Suivant Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 65, 2, Labéon décide que les bénéfices et les pertes résultant d'opérations relatives à l'achat

(1) Pomponius, *lib. 13 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 37 : *Plane si hi, qui sociis exstiterint, animum inierint societatis in hereditate, novo consensu quod postea gesserint efficitur ut in pro socio actionem deducatur.*

(2) Dans ces cas, les clauses ne peuvent tirer aucun effet, car par elles les parties portent atteinte à la liberté de tester ou aux règles légales de la dévolution successorale.

(3) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 10 : *Item si alicuius rei societas sit et finis negotio impositus, finitur societas : quod si integris omnibus manentibus alter decesserit, deinde tunc sequatur res, de qua societatem coierunt, tunc eadem distinctione utemur, qua in mandato, ut, si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas, si nota, non valeat.*

ou à la location d'un corps certain, survenus même après la mort d'un associé, seront mis en commun (1). Mais en réalité dans cette décision la société ne continue pas : l'héritier supporte les bons comme les mauvais résultats de l'opération particulière qui, pour être liquidée, doit être poursuivie et réalisée intégralement.

Cependant, dans un cas tout à fait particulier, la société survit à la mort de l'un des *socii* : l'héritier d'un débiteur *correus* ou simplement solidaire est admis, au cas de société entre les débiteurs, comme associé à la mort de son auteur : Paul, *lib. 4 quaestionum*, D., 46, 1, *De fidejussoribus et mandatoribus*, 71, *pr.* : *cum altero autem reo vel in solidum si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerint, posse creditorem agere*. Le texte suppose le règlement d'une dette éteinte par confusion : un créancier a deux débiteurs principaux associés ; il hérite de l'un des deux. La confusion n'a alors qu'un effet relatif, et le créancier peut agir contre l'autre débiteur et obtenir la moitié de la dette. La mort ne brise donc pas la société ; car si cette dernière avait été rompue, l'associé aurait pu agir pour le tout. La société ne serait pas non plus dissoute d'ailleurs, si l'associé avait un héritier quelconque et non son créancier. Le maintien de cette société avec l'héritier constitue donc une exception au principe ; mais il s'agit ici d'une société accessoire à une dette corréale dont le but n'est en réalité que de ménager aux associés un recours entre eux. La société, contrat accessoire à un autre contrat principal, se présente donc comme un expédient pratique ; et il était normal de consentir au profit de l'héritier du débiteur le recours que ce dernier s'était ménagé en garantissant peut-être la dette d'un ami (2).

(1) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 2 : *Si in rem certam emendam conducendamve coita sit societas, tunc etiam post alicuius mortem quidquid lucri detrimentive factum sit, commune esse Labeo ait.*

(2) Le caractère accessoire de la qualité d'associé apparaît nettement au cas où l'associé est *capite minutus* : comme *correus* même *socius* il est libéré :



Gaius, III, 153 : *Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur ; sed utique si ad huc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas* (1). La *capitis deminutio* brise la société comme la mort. Toutefois dans ses effets elle en diffère, car si la mort n'agit que pour l'avenir, la *capitis deminutio* aura certains effets sur les obligations contractées antérieurement. Donc le rapprochement de ces deux causes d'extinction ne peut se faire qu'en ce qui concerne l'extinction du contrat de société et ses conséquences à venir.

Le principe est que, comme au cas de mort, la société est rompue, cet effet étant indépendant de la volonté des parties. La confiance domine leurs rapports, ils entendent ne rester en société que si tous restent unis, en offrant naturellement les mêmes garanties matérielles et morales qu'au moment de la formation du contrat : l'adrogé perd tout son patrimoine, le condamné devenu *capite minutus* n'agit plus avec les tiers en engageant sa responsabilité comme autrefois. Si les associés avaient prévu dans leur pacte social que le contrat se poursuivrait même après la *capitis deminutio* de l'un d'eux, cette clause serait nulle ; la preuve résulte du texte de Gaius lui-même : les associés peuvent convenir que le contrat continuera entre les autres, si l'un d'eux est *capite deminutus*. Donc dès le moment de la conclusion de la société, il leur est permis de parer aux ennuis et aux dommages d'une rupture forcée et inopportune, mais non de continuer une vie sociale avec un associé dont toutes les dettes anciennes sont éteintes

D., 45, 2, *De duo. reis constituendis*, 19, et il cesse d'être *socius* parce qu'il cesse d'être débiteur. Donc le sort de la *societas* n'est pas ici lié à la personne, mais à la dette elle-même.

(1) De même, Modestin, *lib. 3 regularum*, D., *h. t.*, 4, 1.

iure civili : Gaius, III, 84 : *qui scilicet per capitis deminutionem liberetur*.

La société ne pouvait non seulement se poursuivre avec l'associé ainsi frappé, mais non plus avec ceux qui ont recueilli le patrimoine du *capite minutus*. Comme pour l'héritier, on se heurtait à leur admission dans un rapport où la considération de la personne importait avant toute chose et qui nécessitait pour son existence le consentement toujours identique de tous à tout moment. Or avec un principe contraire, ç'eût été une admission forcée, et l'on ne pouvait qu'admettre la formation d'une nouvelle société entre les associés *non capite minuti* et l'ancien associé *capite minutus* ou ceux qui ont recueilli ses biens (1).

•

Mais cet effet de dissolution n'existait pas dans tous les cas de *capitis deminutio*; à s'en tenir au seul texte de Gaius, il semble que l'effet dût être général : l'ancienne société ne peut subsister qu'entre les *non capite minuti*, et toute autre combinaison ne pourrait provoquer que la formation d'une société nouvelle. Or Julien, suivant Ulpien, décidait au contraire que dans les cas de *capitis deminutio minima*, même en l'absence d'une clause du pacte social, la société pouvait continuer entre tous les anciens associés sans exception. Julien donnait cette solution au sujet de l'émancipation d'un fils de famille, qui, avant son émancipation, était associé avec plusieurs individus. La société n'était pas dissoute, car avant l'émancipation, un tiers quelconque avait deux actions pour agir contre le fils de famille, une contre le père et une autre contre le fils lui-même. Après l'émancipation, l'action subsiste contre le fils et peut régler toutes les contestations relatives à la société, antérieures ou postérieures à l'émancipation. De ce fait, aucune société nouvelle ne se forme, l'ancienne société, au

(1) Gaius, III, 153.

contraire, subsiste; les droits des tiers n'en sont pas moins respectés (1).

Les effets à l'égard de la société, de la *capitis deminutio minima*, devaient donc suivre une évolution analogue à l'évolution de la nature et des effets généraux de l'émancipation ou de la convention *in manum*. Originellement, la rupture s'imposait dans tous les cas; Gaius permettait de déduire la possibilité d'une nouvelle société, mais Julien admet au contraire que c'est la société ancienne qui se poursuit; Ulpien adoptait ce dernier point de vue : un tel changement se comprenait, car le fait d'être émancipé ne saurait plus modifier la confiance initiale des associés.

Paul devait pousser les conséquences de ce principe plus loin en rapprochant l'émancipation et l'adrogation (2). Si un

(1) Ulpien, *lib. 34 ad edictum*, D., *h. t.*, 58, 2 : *Si filius familias societatem coierit, deinde emancipatus a patre fuerit, apud Iulianum quaeritur, an eadem societas duret an vero alia sit, si forte post emancipationem in societatem duratum est. Iulianus scripsit libro quarto decimo digestorum eandem societatem durare, initium enim in his contractibus inspiciendum duabus autem actionibus agendum esse, uno adversus patrem, altera adversus filium : cum patre de eo, cuius dies ante emancipationem cessit, nam eius temporis, quo post emancipationem societas duravit, nihil praestare patrem oportet : cum filio autem de utroque tempore id est de tota societate, nam et si quid, inquit, socius filii post emancipationem filii dolo fecerit, eius non patri, sed filio actio danda est.* — Le caractère d'interpolation que l'on reconnaît à la phrase : *si forte post emancipationem in societatem duratum est*, est certain : elle est une simple glose, mais elle est d'une importance très faible, car elle n'affecte pas le sens général du texte : en ce sens, EISELE, *Beiträge*, 1896, p. 191; DESSERTEAUX, *op. cit.*, p. 188 et s.; KNIEP, *Gai Commentar.*, p. 327; KRÜGER, D., *ad h. l.*

(2) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 11 : *Societas quemadmodum ad heredes socii non transit, ita nec ad adroгатorem, ne alioquin invitus quis socius efficiatur cui non vult. ipse autem adrogatus socius permanet : nam et si filius familias emancipatus fuerit, permanebit socius.* EISELE, *Beiträge*, 1896, p. 193, voudrait voir dans cette décision des traces d'interpolation; Justinien aurait seul pu admettre un tel effet, car l'adrogation à son époque n'emporte plus la perte complète des biens; mais c'est très douteux; d'ailleurs, dans sa forme, le texte ne permet aucun soupçon. En ce sens, DESSERTEAUX, *op. cit.*, p. 193 et s.; KNIEP, *Gai Commentar.*, p. 327; KRÜGER, D., *ad h. l.*

associé est adrogé, il reste en société comme l'émancipé, mais l'adrogeant ne pourrait prétendre être associé sans que la société ne soit rompue, de même que les héritiers n'avaient pu participer qu'à une nouvelle société. Pour Paul, la *capitis deminutio minima* a donc perdu un de ses effets à l'égard de l'émancipé et de l'adrogé : il était normal que dès l'époque classique, la société puisse se poursuivre, puisque le consentement de tous subsistait nullement modifié : la règle essentielle dont dépend l'existence de la forme sociale quelconque adoptée par les parties est toujours respectée. La *capitis deminutio minima* avait perdu tout effet extinctif dès l'époque classique, même en dehors de toute clause du pacte social (1). Pour Ulpien et Paul, la société est donc dissoute par les *capitis deminutiones maxima* ou *media*; mais il faut d'ailleurs remarquer que cette modification dans l'état des associés est accompagnée de la ruine totale de l'associé, et que de ce fait la société se trouvera éteinte pour une double raison (2).



La société est dissoute par l'*egestas* ou ruine totale d'un associé : Modestin, *lib. 3 regularum*, D., 47, 2, *Pro socio*, 4, 1 : *Dissociamur egestate*. Dans cette cause générale, plusieurs

(1) De là, il résulte qu'Ulpien pouvait déjà n'admettre comme seule susceptible de provoquer la dissolution, que la *capitis deminutio maxima* ou *media*; ce texte n'est donc pas interpolé : en ce sens, DESSERTÉAUX, *op. cit.*, p. 193 et s.; KNIEP, *op. cit.*, p. 327. *Contrà*, EISELE, *op. cit.*, p. 193 : pour lui Justinien a supprimé les termes *aut minima*; de même, LENEL, *Z. S. S.*, 1913, p. 381, pour qui Justinien a ajouté les deux mots *media* et *maxima*, alors que le texte primitif ne faisait aucune distinction.

(2) En ce sens, DESSERTÉAUX, *op. cit.*, p. 193 et s., pour les conclusions générales, bien que nous nous écartions de l'explication générale qu'il tente de donner de l'existence de toutes ces clauses, en recherchant dans la volonté des parties la seule cause des principes. De même, KNIEP, *op. cit.*, p. 327; KARLOWA, *R. R. G.*, II, p. 654.

cas étaient à distinguer : tous entraînaient la disparition du patrimoine personnel et la liquidation de la part sociale de celui qui était ainsi frappé : il en résultait donc une telle modification dans l'équilibre du patrimoine social que la rupture du contrat en résultait nécessairement. D'ailleurs, les associés trouvaient en la personne de l'acquéreur des biens non pas un associé, mais un nouveau copropriétaire.

Les juristes classiques ne connaissaient que des cas particuliers. Labéon donne le cas de la *bonorum venditio* : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 65, 1 : *item bonis a creditoribus venditio unius socii distrahi societatem Labeo ait* ; Gaius toutefois distinguait la *bonorum venditio* faite pour le compte de l'Etat et celle faite à la diligence de particuliers (1). A cela, Paul ajoutait la *publicatio* ou confiscation générale des biens de l'associé. Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 12, admet, en effet que, lorsque les biens sont ainsi confisqués, l'acheteur de tous ces biens, au moment de leur vente publique, succède à l'associé condamné, comme il succéderait à un associé mort (2). La *publicatio* résulte généralement d'une *capitis deminutio maxima* ou *media*, mais cependant elle existe distincte d'elle, notamment au cas de *relegatio*.

De ces textes, on peut en outre déduire qu'au contraire de la *capitis deminutio minima*, l'associé ainsi frappé ne peut, même en vertu d'une clause du pacte social, continuer à titre de membre de l'ancienne société et, comme au cas de mort,

(1) Gaius, III, 154 : *Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas. Sed haec quoque societas de qua loquimur, id est quae consensu contrahitur nudo, iuris gentium est, itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.*

(2) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 12 : *Publicatione quoque distrahi societatem diximus. Quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicentur : nam cum in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur.* Dans le *publice venire* de Gaius, III, 154, il faut peut-être voir déjà un cas de *publicatio* : elle n'était au fond que l'ancien cas de confiscation indiqué dans les textes par le verbe *confiscare* : en ce sens, MOMMSEN, *Straafrecht*, p. 1005, n. 1 ; KNIEP, *Gai Commentar.*, p. 327.

celui qui se rend acquéreur des biens ne peut avec les autres associés former qu'une nouvelle société. L'ancienne société ne saurait subsister qu'entre les contractants eux-mêmes tenus par le pacte primitif.

Ces cas particuliers devaient être groupés en un seul concept par Modestin : l'*egestas*, qui se présente comme étant la ruine totale d'un associé pour une cause quelconque : *capitis deminutio*, comme le paiement volontaire de toutes ses dettes : cette cause tend donc à voir ses cas d'application se diversifier (1).

En définitive, au cas de mort, de *capitis deminutio maxima* ou *media*, de ruine totale de l'un des associés, la société était toujours en principe dissoute. Rupture nécessaire dont les clauses du pacte social ne pouvaient chercher qu'à en rendre les effets moins dommageables pour tous, comme le montrent les exemples divers de dispositions particulières au cas de mort; principe très général dont le caractère est basé sur le rapprochement même entre ces différentes causes, comme Gaius et Paul l'ont affirmé (2).

(1) Il importe de remarquer que la *bonorum venditio* dans le texte même de Gaius, devait être prise dans un sens très large, donc ne pas s'opposer à la *bonorum sectio*, mais au contraire l'englober : ce sens plus large s'impose devant l'expression de Gaius *publice aut privatim*.

(2) Ulpien indique un cas spécial de dissolution : l'aliénation du *servus socius*. Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 58, 3 : *Si servus meus societatem cum Titio coierit et alienatus in eadem permanserit, potest dici alienatione servi et priorem societatem finitam et ex integro alteram inchoatam, atque ideo et mihi et emptori actionem pro socio competere, item tam adversus me quam adversus emptorem ex his causis quae ante alienationem inciderunt dandam actionem, ex reliquis adversus emptorem solum*. Ce cas de dissolution nécessaire du contrat de société doit être rapproché des trois cas précédents, car il est aussi le cas d'une modification très grave dans l'état juridique d'un associé. L'aliénation d'un esclave associé était en effet un événement assez grave pour justifier une rupture, car bien que l'associé véritable soit l'esclave et qu'il reste toujours associé, il n'en est pas moins exact que les garanties qu'il offrait aux autres associés n'existaient que par son maître.



La société pouvait être dissoute par la perte de la chose commune à tous les associés : Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 63, 10 : *societas solvitur ex rebus*; ou par la fin de l'opération qui était l'objet de la société : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 10 : *item si alicuius rei societas sit et finis negotio impositus, finitur societas*.



La société pouvait enfin être dissoute *ex actione*; mais ce n'est pas un effet propre à l'action *pro socio*, il est le résultat de l'effet novatoire de la *litis contestatio*. Les obligations primitives de bonne foi sont novées en une obligation d'exécuter la condamnation : elles sont éteintes en tant qu'obligations sociales, et la dissolution du contrat en résulte normalement (1).



Dans la mesure où la société comportait une communauté de biens dont tous étaient copropriétaires, la dissolution du contrat de société n'avait par elle-même qu'un effet indirect sur la rupture des rapports de copropriété. Elle n'en découlait pas forcément : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 14 : *Si convenerit in'er socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeatur*. D'ailleurs une certaine activité commune pourra

(1) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, *pr.* : *Actione distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiata societatem sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit*. Voir plus haut, p. 199.

même se poursuivre, des impenses pourront être engagées, des actes de disposition accomplis, mais leur sanction ne sera plus l'action *pro socio*, mais l'action *communi dividundo* (1). Cependant normalement la liquidation des rapports sociaux et le partage des biens communs se poursuivront en même temps, la liquidation préparant la division et le partage la réalisant.

II. — *Liquidation et partage de la société.*

SOMMAIRE. — Liquidation de la société : le règlement des rapports sociaux entre associés avant le partage; sa sanction : l'action *pro socio*. — Le partage des biens sociaux. L'action *communi dividundo*. — L'exécution du partage. — Le cumul des actions *pro socio* et *communi dividundo* dans le règlement des droits et obligations entre associés. L'extension du domaine d'application de l'action *communi dividundo*.

Par la liquidation, les associés vont dégager le résultat net de leurs opérations sociales. Pour cela, ils réalisent l'actif, règlent le passif. Chacun se trouve créancier d'indemnités ou débiteur de sommes à verser à ses coassociés. Mais si l'un d'entre eux se trouvait être insolvable, tous les associés étaient-ils obligés de prendre part à la perte que l'un d'eux subissait de ce fait dans le remboursement d'une indemnité qui lui était due : en ce cas la contribution de tous s'imposait, l'associé créancier déduisait lui-même du montant de la part de l'associé insolvable la fraction de perte qu'il se trouvait obligé de subir : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 67, pr. : *quoniam, societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communis initur* (2).

(1) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., h. t., 65, 13.

(2) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., h. t., 67, pr. : *Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debet ita, ut ei caveatur indemnem eum futurum. quod si iam damnum passus est, hoc ei praestabitur. sed si pretium communicatum sit sive cautione et aliquid praestiterit is qui vendidit, an, si non omnes socii solvendo sint, quod a*

L'un des associés pouvait être alors tenu à une dette sociale contractée sous condition; les autres associés devront lui fournir des cautions garantissant ainsi le remboursement au moment de l'arrivée de la condition (1).

La sanction de la liquidation était l'action *pro socio*. Son effet était remarquable. Elle agissait en effet à l'égard de tous les associés : Ulpien, *lib. 30 ad edictum*, D., *h. t.*, 52, 14 : *si plures sint inter eosdem societates coitae, ad omnes societates sufficere hoc unum iudicium constat*. L'arbitre liquidait par une seule sentence tous les rapports contractuels entre tous les associés. Mais au cas où la dissolution avait été provoquée par la mort d'un associé, l'action allait s'exercer contre un tiers étranger à la société ou à son profit. L'action est donnée sans aucun doute contre l'héritier : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 35 : *in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet* (2); mais inversement il va bénéficier de l'action *pro socio* pour obtenir le montant de la part de son auteur : Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., *h. t.*, 63, 9 : *an tamen pro socio iudicio communicari debeat cum herede socii, quaeritur* (3). Le préteur dans la formule introduisait une

quibusdam servari non potest a ceteris debeat ferre? sed Proculus putat hoc ad ceterorum onus pertinere quod ab aliquibus servari non potest, rationeque defendi posse, quoniam, societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.

(1) Paul, *lib. 6 ad Plautium*, D., 40, 3, *Communi dividundo*, 16 : *Cum socii dividunt societatem, de eo, quod sub condicione deberetur, cautiones intervenire solent.*

(2) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 63, 8 : *in heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit : < licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est >*. La raison donnée par la finale de ce texte, au fait d'accorder à l'associé l'action *pro socio*, n'est pas nécessaire; elle est d'ailleurs fausse, car sa responsabilité est indépendante de l'émolument qui lui échoit à la liquidation des opérations sociales. En ce sens, LONGO, *Bull. Ist. D. R.*, t. 14, p. 162; KRÜGER, D., *ad h. l.*

(3) Dans ce texte, Julien refuse cependant l'action à l'héritier, mais ce refus ne vient que de leur situation de fait.

modification par laquelle il désignait le défendeur comme étant l'héritier de l'associé (1).



L'action *pro socio* ne sanctionnait que les rapports contractuels et personnels des associés ; il fallait donc une nouvelle action pour assurer le partage des biens : Paul, *Sent.*, 1, 18, 5 : *omnes res quae sociorum sunt, communi dividundo iudicio inter eos separantur*. L'action *communi dividundo* est une action accordée par le préteur et dont la formule contient dans une clause spéciale, au profit du juge, le pouvoir de transférer la propriété : formule double où chacun des associés sera à la fois demandeur et défendeur, et où le juge pourra à la fois prononcer des adjudications et des condamnations au profit et à l'encontre de chacun des associés (2).

Cette action est apparue assez tardivement ; elle est certainement postérieure à l'action *pro socio* de bonne foi, et cette absence de sanction ne manquait pas de provoquer de graves inconvénients ; cependant les textes ne semblent pas en marquer l'absolue nécessité. Paul, *lib. 23 ad edictum*, D., 10, 3, *Communi dividundo*, 1, donnant une raison à la création de l'action *communi dividundo*, recherche cette raison dans l'insuffisance de l'action *pro socio* à régler tous les rapports sociaux : car, dit-il, l'action *pro socio* sert plus à rendre compte des obligations personnelles de chacun des associés qu'à assurer le partage de leurs biens communs (3). Il sem-

(1) En ce sens, LENEL, *Edictum*, 3^e éd., p. 298.

(2) Sur la structure de la formule unique : GIRARD, *Manuel*, p. 642, n. 1 ; Ulpien, *Reg.*, 19, 16 : *Adjudicatione dominium nanciscimur per formulam communi dividundo, cui locus est inter socios... Nam si iudex uni ex... sociis. rem aliquam adiudicaverit, statim illi acquiritur, sine Mancipi sive nec Mancipi sit* ; Gaius, IV, 42.

(3) Paul, *lib. 23 ad edictum*, D., 10, 3, *Communi dividundo*, 1 : *Communi dividundo iudicium ideo necessarium fuit, quod pro socio actio magis at pers. utiles invicem praestationes pertinet quam ad communium*

blerait même que par l'emploi de *magis*, Paul ait voulu marquer l'emploi possible de l'action *Pro socio* dans les relations simplement communautaires et non sociales. Un tel domaine cependant n'a jamais été reconnu à l'action personnelle et de bonne foi qu'est l'action *pro socio* : Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *pro socio*, 65, 13 : *nam etsi distracta esset societas, nihilo minus divisio rerum superest* : une action divisoire était nécessaire pour partager la communauté des biens sociaux.

Le but principal et unique originairement de l'action *communi dividundo* est le partage. Son appellation en est une première preuve : *dividundo* vient de *dividere*, et son objet normal est toute *communio* en dehors d'un héritage commun (1) : Ulpien, *lib. 19 ad edictum*, 10, 3, *Com. div.*, 4, *pr.* : *Per hoc iudicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis*. Cependant des règlements particuliers de succession pouvaient même être l'objet de l'action *communi dividundo* et non de l'action *familiae erciscundae* (2). Donc l'action *communi dividundo* tend au partage des biens communs, mais encore au seul partage des choses corporelles. En effet, créances et dettes naissaient divisées entre chacun d'eux, si les associés n'étaient pas engagés solidairement, ou, s'ils étaient tenus solidairement, l'un d'eux en répondait; ce dernier usait alors, non de

rerum divisionem. denique cessat communi dividundo iudicium si res communis non sit.

(1) L'appellation d'action *communi dividundo* est certainement ancienne; elle répond d'ailleurs au but originaire de l'action et ne se serait pas comprise comme appellation de l'action à l'époque où elle sanctionnera tous les rapports juridiques nés de la copropriété : en ce sens, BERGER, *Teilungsklagen*, p. 9; *contra*, WINDSCHEID, *Pandekten*, II³, § 441, p. 934.

(2) Gaius, *lib. 10 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 34 : *sed inter coheredes quidem familiae herciscundae iudicio agitur, inter ceteros communi dividundo, inter eos quoque, quibus hereditario iure communis res est, posse et communi dividundo agi*. De même, D., 10, 2, *Fam. ercisc.*, 20, 4; 30; Paul, *Sent.*, I, 18, 1.

l'action *communi dividundo* pour obtenir la contribution de ses coassociés, mais de l'action *pro socio*, ou inversement il pouvait être poursuivi par elle pour qu'il assure la répartition des gains qu'il avait tirés d'un débiteur social⁽¹⁾ : Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 40, 3, *Com. div.*, 3, *pr.* : *in communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint*. Le rôle primitif de l'action *communi dividundo* était le seul partage des biens, et pour Ulpien c'est là encore son véritable rôle : l'action en principe ne permet d'obtenir *nihil ultra divisionem*.

L'application particulière et nécessaire qui se produisait lors du règlement définitif de la société, n'était cependant qu'un de ses cas d'application.



Par l'action *communi dividundo*, les associés allaient prendre chacun une part dans la masse des biens sociaux ; mais la nature des apports faits par chacun d'eux, va naturellement entraîner certaines différences.

Les associés n'ont fait que des apports de jouissance ; dans ce cas leurs biens étant restés toujours en leur propriété ne seront jamais objet du partage, pas plus que les biens personnels de chacun des associés dont tous les acquêts seuls tombaient en communauté. Mais si l'apport en jouissance avait été un apport de choses fongibles ou que dans une société d'acquêts, l'un d'eux ait aussi mis en commun de ces biens, leur prélèvement s'impose avant tout partage. C'est donc

(1) En ce sens, KRÜGER, *C. R. TRUMPLER*, *Z. S. S.*, 1906, [p. 460. Pour LENEL, *Edictum*, 1907, p. 240, n. 10, et ARANGIO-RUIZ, *Appunti*, 18, ce texte serait suspect : il ne prévoyait à l'époque classique que le règlement des impenses entre copropriétaires : *contrà*, KRÜGER (P.), D., *ad h. l.* Sur le seul pouvoir de partager accordé au juge par la formule, voir AUDIBERT, *Nouvelle étude sur la formule des actions fam. ercisc. et com. div.*, *N. R. H.*, 1904, t. 28, p. 274.

entre les associés une question de preuve de propriété, et les clauses du pacte social auraient pu prévoir ces situations particulières.

Mais si les associés ont fait leurs apports en pleine propriété, il est inutile de distinguer s'ils ont fait cet apport en choses fongibles ou un apport d'un corps certain : ils tombent dans la masse partageable et chacun des associés en est copropriétaire. Il en est de même des revenus, fruits et acquêts non encore répartis, possédés par l'un d'eux au nom de tous. Leur ensemble forme l'actif social et l'action *communi dividundo* tend précisément à le partager, accordant à chacun une part en pleine propriété dans la mesure de son droit.

Le pacte social avait ordinairement prévu la quotité qui devait revenir à chacun d'eux ; cependant, au cas de silence des parties, le principe de l'égalité des parts s'imposait comme pour la répartition des revenus. Chacun avait droit à une part virile et non proportionnelle des revenus et acquêts faits au cours de la vie sociale et non encore répartis. Ce même principe règle aussi la répartition des biens communs eux-mêmes ; car comme pour les revenus, la non-détermination du montant des parts par le pacte social permet de supposer que les parties ont fait à la société des apports égaux en valeur. Faute de preuve contraire, les associés recevront donc des parts égales, non proportionnelles aux apports, ces derniers étant présumés égaux pour tous (1).



L'action *pro socio* et l'action *communi dividundo* avaient originairement un domaine propre à chacune : par l'action *pro socio*, les associés faisaient valoir leurs droits sur les acquêts et les biens sociaux ; par l'action *communi dividundo*, chacun acquérait la propriété pleine et entière de ces biens

(1) Voir plus haut, p. 130 et s.

grâce à l'adjudication de la formule. Mais soit que les associés aient laissé pendant un certain temps, après la dissolution du contrat de société, leurs biens en communauté, soit que l'un d'entre eux ne soit pas associé, mais simplement copropriétaire, comme au cas de l'acquéreur d'une part de biens sociaux dans les sociétés de publicains, de simples rapports juridiques semblables à ceux qui naissent entre les associés, vont naître : des dépenses seront engagées par l'un d'entre eux, un autre percevra les fruits et revenus de l'un des biens, une vie donc commune causée par la simple existence d'une copropriété entre tous et non plus par le contrat de société, va se poursuivre. Or l'action *pro socio* ne peut plus s'appliquer, et dès l'époque classique peut-être, la sanction devait se trouver dans l'action *communi dividundo*. Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 65, 13, décide que si après la dissolution de la société, un associé a fait une impense quelconque sur un bien encore commun, l'action *pro socio* ne peut être utilisée par lui pour obtenir le remboursement de ces frais. Mais au contraire il y a lieu d'appliquer l'action *communi dividundo*, car bien que la société ait été dissoute, le partage des biens communs n'en reste pas moins à faire (1). Cette situation pouvait aussi se retrouver à l'égard de l'acheteur d'une part sociale ; il n'est pas associé, n'a donc pas droit à l'action *pro socio* ; or les textes lui accordent l'action *communi dividundo* (2).

L'action *communi dividundo* apparaît donc comme capable

† (1) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., *h. t.*, 65, 13 : *Si post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur, quia non est verum pro socio communiterve id gestum esse. sed communi dividundo iudicio huius quoque rei ratio habebitur : nam etsi distracta esset societas, nihilo minus divisio rerum superest.*

(2) Gaius, *lib. 10 ad edictum provinciale*, D., *h. t.*, 34 : *ut in conductionibus publicorum, quibus casibus si quid forte unus in eam rem impenderit sive fructus mercedesve unus perceperit vel deteriore fecerit rem, non societatis iudicio locus est sed inter ceteros communi dividundo (iudicio agitur).*

de régler, suivant les mêmes principes que l'action *pro socio* d'ailleurs, les différents rapports nés par le fait même d'une copropriété. Elle permet de régler les impenses, la répartition des fruits, d'obtenir le montant de la valeur de tout apport. L'action n'a cependant pas perdu le seul but originaire : le partage (1), mais à côté Gaius et Paul lui reconnaissent un domaine nouveau.

En effet l'action *communi dividundo* comme l'action *familiae erciscundae* devait se modifier lentement par le fait qu'elle va sanctionner les *prestationes personales*. Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 10, 3, *Com. div.*, 3, *pr.* (2), admet que l'action *communi dividundo* permet de sanctionner toute indemnité due par un copropriétaire, à cause d'un dommage qu'il aurait causé à un bien indivis, ou inversement toute indemnité qui pourrait lui être due pour le préjudice causé par l'activité commune à sa fortune personnelle, ou enfin elle permet d'obliger un copropriétaire à mettre en communauté un acquêt quelconque fait au nom de tous.

Mais cette extension s'est-elle produite déjà à l'époque classique ? L'état actuel des sources ne permet pas de fixer nettement la date d'une semblable transformation. Cependant Alfenus Varus admet que l'action *communi dividundo* pouvait servir à réclamer le montant d'une réparation due pour un dommage causé à un esclave commun : Alfenus Varus, *lib. 2 digestorum*, D., 10, 3, *Com. div.*, 26. De même Labéon accordait l'action pour sanctionner d'une manière générale les *prestationes personales* : Ulpien, *lib. 19 ad edictum*, D., 10, 3, *Com. div.*, 4, 3 : *sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo iudicio, ita etiam praestationes veniunt* :

(1) En ce sens, KNIEP, *Societas publicanorum*, p. 236 et s.

(2) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., 10, 3, *Communi dividundo*, 3, *pr.* : *In communi dividundo iudicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quae communes sint et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi.*

et ideo si quis impensas fecerit, consequatur (1). Dès les débuts de l'époque classique, l'action divisoire n'est plus limitée au seul partage des biens et elle vient permettre la sanction des rapports obligatoires entre les propriétaires à l'occasion d'une *communio* (2); mais il est certain que d'une manière générale, l'action ne pouvait exister que lorsque les parties intentaient l'action en partage : elle assurait pour tous un règlement final. Cependant déjà dès l'époque classique, l'action *communi dividundo* allait être accordée pour assurer aux copropriétaires la sanction des seuls rapports d'obligations qui naissaient au cours de l'indivision : soit que l'objet de la communauté ait péri (3) ou que l'un d'entre eux ait fait des impenses après avoir aliéné sa part (4); soit que l'indivision subsistât même après la déduction en justice de l'action divisoire. Pareil droit pouvait être accordé dès l'époque des Sévère et l'action apparaît dans ces derniers cas comme donnée à titre utile (5).

L'action *pro socio* et l'action *communi dividundo* pouvaient donc dans certains cas s'offrir au choix des parties (6) : Ulpien,

(1) LENEL, *Paling.*, I, *Labeo*, col. 540, n° 270; de même D., 10, 2, *Fam. ercisc.*, 12, *pr.*; 22, *pr.*; 10, 3, *Com. div.*, 6, 4; 5; 7; 18, 1, *De contrahenda emptione*, 78, 2.

(2) En ce sens, BERGER, *Teilungsklagen*, p. 110 et s.; AUDIBERT, *op. cit.*, p. 410; KNIEP, *Gai Commentar.*, p. 319; BIONDO-BIONDI, *C. R.* BERGER, *Teilungsklagen*, *Bull. d'Ist. D. R.*, t. XXV, 1913, p. 268. — *Contrà*, ARANGIO-RUIZ, *Riv. it. per la scienze giur.*, t. 53, p. 14, et *Corso di Istituzioni*, I, 1921, p. 103 à 105.

(3) D., 10, 3, *Com. div.*, 9; 11 et 25.

(4) D., 10, 3, *Com. div.*, 6, 1; 14, 1. Antérieurement les copropriétaires pouvaient user soit de l'action *legis Aquiliae*, soit de l'action *negotiorum gestio*.

(5) En ce sens, BERGER, *Teilungsklagen*, p. 198 à 241; AUDIBERT, *op. cit.*, p. 292; 408 et suiv. — *Contrà*, RICCOBONO, *Communio*, p. 76 et s.; ARANGIO-RUIZ, *Corso di Istituzioni*, I, 1921, p. 105.

(6) Le fait que les deux actions pouvaient sanctionner des relations dans une certaine mesure semblables, sauf du fait que l'action *pro socio* est accordée pour des relations d'origine contractuelle et l'action *communi dividundo* pour le règlement d'une situation quasi-contractuelle, est nettement

lib. 28 ad edictum, D., 17, 2, *Pro socio*, 43, dit que, lorsque des associés ont agi par l'action *communi dividundo*, ils peuvent

établi par les nombreux textes où les règles posées sont identiques : *Iulianus, lib. 12 digestorum*, D., 10, 3, *Com. div.*, 25 : *Si Stichus communis meus et tuus servus habuerit Pamphilum vicarium « aureorum » decem et mecum actum de peculio fuerit condemnatusque decem praestitero : quamvis postea Pamphilus decesserit, nihilo minus actione communi dividundo vel pro socio quinque milia praestare debebis, quia te hoc aere alieno liberavi longe magis consequar, si Stichus post mortem Pamphili alium vicarium adquisierat.* *Ulpien, lib. 23 ad edictum*, D., 11, 3, *De servo corrupto*, 9, pr. : *Si quis servum communem meum et suum corruperit, apud Iulianum libro nono digestorum quaeritur, an hoc actione teneri possit, et ait teneri eum socio : praeterea poterit et communi dividundo et pro socio, si socii sint, teneri, ut Iulianus ait. sed cur deteriore facit Iulianus conditionem socii, si cum socio agat, quam si cum extraneo agit? nam qui cum extraneo agit, sive recepit sive corruperit agere potest, qui cum socio, sine alternatione, id est si corruptus, nisi forte non putavit Iulianus hoc cadere in socium : nemo enim suum recepit. sed si celandi animo recepit, potest defendi teneri eum.* *Ulpien, lib. 28 ad edictum*, D., 14, 3, *De institoria actione*, 13, 2 : *Si duo pluresve tabernam exercent et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus an pro portione mercis an vero in solidum, Iulianus quaerit. et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus.* *Paul, lib. 4 ad Plautium*, D., 14, 3, *De institoria actione*, 14 : *Idem erit et si alienus servus communi merci praepositus sit : nam adversus utrumque in solidum actio dari debet et quod quisque praestiterit, eius partem societatis vel communi dividundo iudicio consequetur. certe ubicumque actio societatis vel communi dividundo cessat, quemque pro parte sua condemnari oportere constat, veluti si is, cuius servo creditum est, duobus heredibus institutis ei servo libertatem dederit : nam heredum quisque pro sua parte conveniendi sunt, quia cessat inter eos communi dividundo iudicium.* *Gaius, lib. 8 ad edictum provinciale*, D., 15, 4, *De peculio*, 27, 8 : *Si quis cum servo duorum pluriumve contraxerit, permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri : est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit : nec huius dumtaxat peculii ratio haberi debet, quod apud eum cum quo agitur is servus haberet, sed et eius quod apud alterum. nec tamen res damnosa futura est ei qui condemnatur, cum possit rursus ipse iudicio societatis vel communi dividundo quod amplius sua portione solverit a socio sociisve suis consequi. quod Iulianus ita locum habere ait, si apud alterum quoque fuit peculium, alieno liberare videtur : at si*

par la suite agir *pro socio*, car leur première action ne leur permettait pas de régler entre eux les questions de créances communes alors qu'inversement elle pouvait assurer le partage des choses corporelles (1). Aussi si l'action *pro socio* était ainsi intentée en second lieu, le principe était pour Ulpien, semble-t-il, qu'il fallait déduire du montant de la condamnation de l'action *pro socio* ce qui avait déjà été obtenu précédemment par l'action *communi dividundo*. Mais dans quelle mesure un tel concours d'actions pouvait-il se comprendre? Il est certain que d'une part la division des créances et d'autre part le partage des biens restaient propres à chacune de ces deux actions. Mais comment déterminer la sanction des *prestationes personales* qu'elles pouvaient toutes deux sanctionner? D'ailleurs était-il réellement possible à l'époque classique de cumuler les deux actions de telle façon que le demandeur puisse obtenir le montant maximum de la condamnation?

Une telle solution s'oppose à la décision de Proculus, rapportée par Paul : l'emploi de l'une des deux actions éteint l'autre action : Paul, *lib. 6 ad Sabinum* : D., 17, 2, *Pro socio*, 38, 1 : *si tecum societas mihi sit et res ex societate com-*

nullum sit apud alterum peculium, contra esse, quia nec liberare ullo modo aere alieno eum intellegitur. Paul, *lib. 6 ad Sabinum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 17, pr. : *Sed et socius qui alienaverit contra pactionem accipit committit et tenetur societatis aut communi dividundo iudicio.* Gaius, *lib. 3 de verborum obligationibus*, D., 45, 3, *De stipulatione verborum*, 28, 1 : *Si servus communis ex re unius stipulatus erit, magis placuit utrique adquiri, sed eum, cuius ex re facta est stipulatio, cum socio communi dividundo aut societatis iudicium de parte recipienda recte acturum : idemque esse dicendum et si ex operis suis alteri ex dominis servus adquirit.* De même, D., 4, 9, *Nautae capones*, 6, 1 ; 10, 3, *Com. div.*, 19, 2 ; 15, 1, *De peculio*, 19, 2 ; 39, 2, *De damno infecto*, 32.

(1) Ulpien, *lib. 28 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 43 : *Si actum sit communi dividundo, non tollitur pro socio actio, quoniam pro socio et nominum rationem habet et adiudicationem non admittit. sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur quam ex prima actione consecutus est.*

munes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait. Le principe est net : *me consecuturum* et l'expression *altera actione alteram tolli* ne permettent pas le doute : or il s'oppose nettement à la solution donnée par Ulpien. Il résulte donc de là que l'on ne peut voir dans le cumul des deux actions que le résultat d'une interpolation de Justinien ; d'ailleurs, si Ulpien accorde l'action *pro socio* même après que les parties ont intenté l'action *communi dividundo*, il en donne lui-même la raison : elles n'existeront que dans la mesure où elles ont un objet différent et propre : l'action *pro socio* ne règle que les créances et les obligations entre les associés, l'action *communi dividundo* assure le partage des biens corporels sociaux : *non tollitur pro socio actio, quoniam pro socio et nominum rationem habet et adiudicationem non admittit.*

En conséquence, la décision de Proculus est à limiter dans une certaine mesure : le concours des actions *pro socio* et *communi dividundo* s'impose pour assurer aux associés une liquidation et un partage de leur société, mais inversement à l'époque classique dans le règlement des impenses et des fruits, le fait d'intenter une action empêche le demandeur d'intenter pour ces mêmes faits l'autre action. Seul Justinien permettra le cumul des deux actions pour assurer au demandeur la plus forte condamnation (1).

(1) En ce sens, EISELE, *Archiv*, t. 79, p. 374 à 376 ; 393 ; BERGER, *Teilungssklagen*, p. 143, n. 2 ; *Vocabularium*, v^o *Pro socio* ; KRÜGER, D., *ad h. l.* Le texte d'Ulpien, 17, 2, 43, a donc été interpolé. Toute cette phrase : *Sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur quam ex prima actione consecutus est* est certainement l'œuvre des compilateurs ; elle se trouve dans une certaine mesure en contradiction avec la première phrase de ce texte, où Ulpien détermine nettement le champ d'application de l'une et de l'autre action, considérant en quelque sorte tout concours sur un même objet comme à ne pas envisager.

IV

**Le contrat de société
dans le droit de Justinien.**

CHAPITRE I

LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ DANS LE DROIT DE JUSTINIEN

SOMMAIRE. — Le contrat de société est un contrat consensuel de bonne foi, dont les associés peuvent adopter l'une des différentes formes coutumières. — Comme à l'époque classique, le principe qui domine tout partage dans la société est celui de l'égalité des parts entre associés; mais les parties ont toujours la faculté de modifier les règles ordinaires par des clauses de leur pacte social. — Les causes d'extinction de la société reconnues à l'époque classique produisent toujours les mêmes effets. — Contrairement aux règles des jurisconsultes classiques, Justinien admet que tout associé ne répond que de son dol et de sa *culpa lata*. En outre, tout associé condamné en tant qu'associé, peut invoquer le bénéfice de compétence. — Depuis Justinien seulement, le contrat de société peut être conclu sous condition.

Des textes des jurisconsultes postclassiques et de ceux tirés des Institutes de Justinien, il semble ne résulter, relativement à la société, que peu de règles propres nouvelles. En outre, l'analyse des différentes interpolations reconnues comme étant l'œuvre des juristes du Bas-Empire ou des compilateurs de Justinien, ne permet de reconnaître que des modifications assez limitées aux règles particulières du contrat de société. En définitive, les textes n'offrent toujours aucune définition de la *societas* et les règles générales, toujours interprétatives d'ailleurs, offrent des décisions sensiblement identiques à celles posées antérieurement par les jurisconsultes classiques.



La société étant un contrat consensuel de bonne foi, le consentement des parties est l'élément essentiel à prendre en considération à la formation du contrat, comme durant son exécution : *tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat* (1). La société existe tant que l'accord des volontés de tous les associés reste toujours identique au consentement pris au moment de la constitution de la communauté. La bonne foi doit régner d'une manière absolue dans ces rapports sociaux : *cum in societatis contractibus fides exuberet* (2); aussi la sanction, qu'assure l'action *pro socio* (3), reste-t-elle infamante : *fidem rumpens societatis cum infamiae periculo suo nomine pro socio conventus ad faciendum satis urgetur* (4).

La *societas* peut être, soit une société de tous biens (5), soit une société particulière, c'est-à-dire une société où les parties ne veulent mettre en communauté que des biens limitativement déterminés ou le produit de leurs travaux, comme au cas de sociétés de marchands d'esclaves ou de commerçants

(1) Code Iust., 4, 37, 5, *Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Theodoro*, a. 294.

(2) Code Iust., 4, 37, 3. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Victorino militi*.

(3) Code Iust., 4, 37, 2. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Parmonio*, a. 293 et Code Iust., 4, 37, 5.

(4) Code Iust., 2, 11, 22. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Domitiano*, a. 294.

(5) Code Iust., 3, 38, 4. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. ad Maximum*, a. 290 : *Si patrum tuus ex communibus bonis res comparavit sibi negotium gerens, non omnium bonorum socius constitutus. pro competentium portionum modo indemnitati tuae consuli oportet : et ideo rem eam eum communicare contra formam iuris postulas*. La persistance de l'emploi des sociétés universelles même à la fin du III^e siècle après J.-C., dans les mœurs, est ainsi indéniable.

en blé (1). Il semble, en outre, que ce soit sans limitation ni difficulté que l'un d'eux peut apporter ses biens, terres ou capitaux, sur lesquels s'exercera l'activité de l'autre associé, à charge pour eux de se répartir les produits et revenus de cette association. Dès le début du iv^e siècle, la règle semble être définitivement admise : *societatem uno pecuniam conferente alio operam posse contrahi magis obtinuit* (2).

©

Etant donné, à la formation de la société, le but poursuivi par les parties, le partage reste un des points essentiels sur lequel portent les clauses différentes prévues par un pacte social, ou offertes aux contractants par les dispositions légales, au cas de silence de leur part. La règle de l'égalité des parts dans les revenus comme dans les frais que la vie commune entraîne, subsiste; et Justinien décide dans ses Institutes, III, XXV, 1, qu'à défaut de convention expresse, les parts des associés, soit dans les gains, soit dans les pertes, sont égales (3).

(1) Ins. Iust., III, xxv, *De societate, pr.* : *Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicuius negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei vini frumenti emendi vendendique*. Cf. Gaius, III, 148. Il est intéressant de signaler l'identité presque complète qui existe entre les Institutes de Gaius et celles de Justinien dans les principes comme dans les termes : toutefois, sur des points particuliers, des différences nettes pourront être signalées.

(2) Code Iust., 4, 37, 1. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio*, a. 293. Justinien reproduit d'ailleurs la décision de Gaius, dans ses Institutes, 3, 149 : Ins. Iust., III, xxv, 2 : *Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet*.

(3) Ins. Iust., III, xxv, 1 : *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur*; de même, Code Iust., 4, 37, 3. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Victorino militi* : *Cum in societatis contractibus fides*

Dans un tel cas, il est toujours supposé que les parties ont fait des apports sensiblement équivalents et n'avaient de ce fait rien de particulier à prévoir. Car, à l'époque de Justinien, la liberté des conventions toujours reconnue à l'époque classique (1), reste assurée d'une manière très large. Les Institutes rapportent en effet la décision classique et admettent que si le montant des parts de chaque associé a été fixé dans le pacte social, cette convention doit être observée. Car, ajoute Justinien, on n'a jamais mis en doute que deux associés puissent valablement attribuer à l'un les deux tiers dans les gains et les pertes et à l'autre un tiers seulement (2). Règle d'interprétation de la volonté des parties, permettant aux fondateurs un règlement adapté à leur situation, mais toujours équitable; le principe même, en vertu duquel le contrat de société est profondément pénétré par la notion de bonne foi, nécessitait

exuberet conveniatque aequitatis rationibus etiam compendia aequaliter inter socios dividi, praeses provinciae, si patrem tuum salinarum societatem participasse et non recepta communis compendii portione rebus humanis exemptum esse reppererit, commodum societatis, quod deberi iuxta fidem veri constiterit, restitui tibi praecipiet.

(1) Ins. Iust., III, xxv, 2 : *De illa sane conventionem quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti : nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit : quod tamen ita intelligi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.*

(2) Ins. Iust., III, xxv, 1 : *Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent; nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia.*

en effet le respect absolu de l'équité. C'est pourquoi, comme le rapporte Justinien, Servius Sulpicius avait déjà admis l'introduction des clauses de partage inégal, et cela contre l'opinion de Quintus Mucius lui-même. Souvent, disait-il, le travail d'un associé est d'une valeur si importante, qu'il est équitablement nécessaire de lui accorder des conditions meilleures (1). D'ailleurs dans la mesure où les rapports étaient ainsi déterminés avec justice, les décisions prises par les associés étaient d'une application large et pouvaient être interprétées d'une manière extensive, puisque, si dans une mesure limitée elles ont assuré le règlement de leur partage, elles peuvent étendre leur décision à l'ensemble de leurs rapports (2).

Enfin, d'une manière générale, à la formation du contrat, les parties avaient la coutume certaine de prévoir ces règlements par des pactes adjoints à la convention principale : *si societatis iure vel transactionis stipulatione subdita bonorum omnium aequis partibus inter te et Fabiam divisionem recte fieri placuit* (3). Par la stipulation, les parties pouvaient donc toujours organiser d'une manière simple et souple, mais sous une sanction nette et forte, les rapports essentiels de leur association.

◊

Formée par l'accord des volontés, la société ne pouvait subsister que tant que cet accord entre toutes les parties subsistait lui-même : *tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat* (4). Aussi la société est-elle dis-

(1) Ins. Iust., III, xxv, 2 : *Servius Sulpicius... contra sentit, quia saepe quaerundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti.*

(2) Ins. Iust., III, xxv, 3 : *Illud expeditum est, si una causa pars fuerit expresso, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa : in eo quoque quod praetermissum est eandem partem servari.*

(3) Code Iust., 4, 37, 4. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio Cleri.*

(4) Code Iust., 4, 37, 5.

soute par la volonté des fondateurs, soit que tous soient unanimes à vouloir rompre, soit que l'un seulement renonce ; dans ce dernier cas d'ailleurs, la responsabilité de l'associé se trouve engagée dans la même mesure qu'à l'époque classique (1). La société est dissoute par la mort de l'un des contractants (2) ou par l'achèvement de l'opération commune, seul objet de leurs travaux communs (3). Enfin la société est rompue nécessairement lorsque les biens de l'un des associés sont confisqués en vertu d'une décision administrative ou *publicatio* (4), ou au cas de ruine complète après poursuites des créanciers privés sur les biens du débiteur associé insolvable (5).

(1) Ins. Iust., III, xxv, 4 : *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint, et cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare : si quid vero aliud lucrifaceret, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet : ei vero cui renunciatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

(2) Ins. Iust., III, xxv, 5 : *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit.*

(3) Ins. Iust., III, xxv, 6 : *Item si alicuius rei contracta societas sit et finis negotio impositus est, finitur societas.*

(4) Ins. Iust., III, xxv, 7 : *Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur ; nam cum in ejus locum alius succedit, pro mortuo habetur.*

(5) Ins. Iust., III, xxv, 8 : *Item si quis ex sociis mole debiti praegravatus bonis suis cesserit et ideo propter publica aut propter privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas.* La *publicatio* n'est qu'une forme nouvelle de l'ancienne confiscation générale des biens qui résultait normalement des *capitis deminutiones maxima* ou *media* de l'époque classique. Cf. Ulpien, *libro...*, D., 48, 22, *De interd. et relegatis*, 14, 1 ; mais surtout ces textes marquent une modification profonde, relativement à la *capitis deminutio* de l'un des associés, ce qui n'est d'ailleurs que l'aboutissement de l'évolution suivie par cette réglementation de l'état des personnes : en effet, les compilateurs n'envisagent plus le cas de la *capitis deminutio minima*, puisqu'à l'époque classique ses effets avaient été annihilés, à moins qu'une clause particulière ne lui ait reconnu un effet extinctif. En

Mais les parties pouvaient dans le pacte social prévoir ces cas de dissolution de leur communauté et, dans une mesure cependant toute relative, atténuer les effets de l'extinction nécessaire, prévoyant comme au cas de ruine totale de l'un d'entre eux, la continuation de leurs affaires, mais au profit d'une société nouvelle (1); ou comme au cas de mort, la poursuite entre les survivants de l'ancienne société (2), admettant donc, par là même, la formation possible d'une société nouvelle entre les associés survivants et l'héritier de l'associé décédé.



De cette analyse, il résulte d'une manière générale que les compilateurs semblent n'avoir introduit aucune modification dans l'ensemble des règles essentielles de la *societas*. Toutefois leur action se retrouve en des points particuliers des règles qui fixent les rapports entre associés : aboutissement de l'évolution de théories plus générales, sous l'influence des nécessités économiques, et surtout résultante de l'effort théorique des jurisprudents de la fin de la République ou des jurisconsultes classiques comme des juristes postclassiques.

A l'époque classique, l'associé de responsable pour son dol qu'il était, a vu sa responsabilité s'accroître : l'associé, qui apporte son industrie, simple travailleur qu'un contrat de louage pouvait originellement seul unir à un propriétaire de

autre, en ce qui concerne les *capitis deminutiones maxima* ou *media*, seul l'effet sur les biens est pris en considération et permet ainsi la fusion en une seule cause des deux causes d'extinction classiques : la *capitis deminutio* et l'*egestas*. Voir *suprà*, p. 267. En ce sens, KRIEGER, *Gai Commentar.*, p. 328 et s.

(1) *Ins. Iust.*, III, xxv, 8 : *Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

(2) *Ins. Iust.*, III, xxv, 5 : *Sed et si consensu plurium societas coita sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi si in coeunda societate aliter convenerit.*

terres ou de navires (1), peut toujours être un associé : mais sa responsabilité n'en était pas moins restée aussi lourde; car qu'il s'associe ou qu'il loue ses services, il répondait de son dol et de sa faute. De là, le principe nouveau de cette responsabilité contractuelle accrue s'étend à tous les associés (2). Justinien rappelant l'ancienne controverse, dit qu'on se demandait, si, à l'exemple du dépositaire, l'associé poursuivi par l'action *pro socio* n'était responsable envers son associé qu'à raison de son dol, ou s'il l'était à raison de sa faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence. Mais, ajoute-t-il, suivant l'opinion qui a prévalu, il est tenu même de sa faute (3). Or les juristes postclassiques ou les compilateurs devaient introduire ici des nuances en admettant deux sortes de *culpa* dont pouvait être responsable un contractant : la *culpa lata* et la *culpa levis*; de là ces deux degrés dans la *diligentia* qu'il doit fournir pour ne pas être responsable de l'une ou de l'autre de ces fautes : la *diligentia (exactissima)* et la *diligentia quam suis* (4) : un contractant pouvait être responsable même d'une *culpa levis* ou seulement voir sa responsabilité limitée à son obligation de ne commettre aucune *culpa lata*. Or l'associé, comme le tuteur, gérant ses propres affaires, tout en accomplissant des actes sociaux, devait précisément voir limiter sa *diligentia* à celle que normalement il déploie dans l'accomplissement des actes juridiques relatifs à ses biens personnels. La faute, décide Justinien, ne s'apprécie pas par comparaison à la diligence la plus stricte; il suffit, en effet, que l'associé apporte dans la gestion des affaires communes le soin qu'il a coutume d'apporter dans ses propres affaires. Car celui qui

(1) Voir *suprà*, p. 30.

(2) Voir époque classique, p. 180.

(3) Ins. Iust., III, xxv, 9 : *Socius socio utrum eo nomine tantum tenetur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidia etque negligentiae nomine, quaesitum est : praevaluit tamen etiam culpa nomine teneri eum.*

(4) En ce sens, KUNKEL, *Diligentia*, Z. S. S., 1925, t. XLV, R. A., p. 301.

s'associe à un homme peu diligent ne doit se plaindre que de lui-même⁽¹⁾. Tout associé est donc, dans tous les cas, responsable et de son dol et de sa *culpa lata*, qu'il apporte des biens à la communauté ou que sa collaboration à l'activité commune porte simplement sur des biens dont il n'est que l'usager.

•

A cet adoucissement de la responsabilité entre associés, s'ajoute l'extension à tous les associés, dans le règlement judiciaire de leurs rapports sociaux, d'une faveur accordée primitivement dans un cas particulier : le bénéfice de compétence dont seul l'associé de tous biens pouvait profiter lorsque son coassocié agissait contre lui par l'action *pro socio*. Or, d'une manière générale, tout associé poursuivi par un autre associé, sauf au cas de dol, ne saurait être condamné que dans la limite de son actif, à condition toutefois que l'action soit intentée à raison de dettes sociales. En effet, suivant le texte interpolé d'Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 63, *pr.*, Justinien décide qu'il était exact d'admettre que, non seulement l'associé de tous biens, mais aussi l'associé *unius rei*, pouvaient n'être condamnés que dans la mesure de leur actif, sous la condition expresse qu'ils n'aient toutefois commis aucun dol (2).

(1) Ins. Iust., III, xxv, 9 : *Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet*; Gaius, *lib. 2 cottidianarum rerum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 72 : *Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est desidia etque negligentiae. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est : sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet*. En ce sens, B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei Schuldverhältnissen*, Z. S. S., t. XXXIX, R. A., 1918, p. 179 et s.

(2) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 63, *pr.* : *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt; sed*

Etant donné son effet propre qui était d'assurer une condamnation limitée par l'insertion dans la formule des mots : *condemna in id quod facere potest*, il fallait pour assurer à l'associé débiteur d'une manière positive le bénéfice de cette faveur, connaître l'actif de son patrimoine; or, à l'époque classique, il semble que l'évaluation se faisait *deducto omni aere alieno*. Mais, à l'époque de Justinien, les règles de calcul devaient subir un changement profond : l'actif net de l'associé, qui n'est plus nécessairement un associé de tous biens, sera évalué sans que l'on ait à déduire ses dettes, sauf naturellement les dettes contractées dans l'intérêt même de la société : *et placuit non debere deduci aes alienum quod debetur a socio... nisi forte... ex ipsa societate debeatur* (1).

L'importance de cette faveur pour tous les associés était d'autant accrue, que le bénéfice de compétence pouvait être invoqué par un associé, dans toute action qui assurait un règlement social entre les associés. En effet à l'époque classique, l'associé de tous biens avait eu le bénéfice de compétence uniquement au cas d'action *pro socio*; mais l'application à toutes les condamnations entre associés de tous biens était plus tard devenue la règle (2). Donc, surtout au cas où l'action *communi dividundo* s'offre aux associés pour le règlement de certaines impenses, au moment du partage par exemple, tout associé pouvait demander l'insertion dans la formule des mots : *condemna in id quod facere potest* (3).

unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quominus possint, condemnari oportere. En ce sens, LEVET, *op. cit.*, p. 56. Voir *suprà*, p. 204.

(1) Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 63, 3. En ce sens, LEVET, *op. cit.*, p. 157, n. 30; EISELE, *Z. S. S.*, t. 19, p. 21; BESELER, *Beiträge*, II, p. 89. De même, Ulpien, *lib. 31 ad edictum*, 17, 2, *Pro socio*, 63, 5. Voir *suprà*, p. 208.

(2) Voir *suprà*, p. 206.

(3) En ce sens, LEVET, *op. cit.*, p. 60.



Aux règles du contrat de société, Justinien n'avait apporté que des modifications d'une portée assez limitée; adoucissement de la responsabilité de l'associé, soit en diminuant l'étendue de sa responsabilité, soit en lui accordant, dans tous les cas, le bénéfice de compétence. Mais quant aux règles essentielles du contrat, les juristes postclassiques et les compilateurs les avaient admises sans les modifier. Le contrat de société apparaissait donc, comme à l'époque classique et aux époques antérieures, comme un contrat consensuel. Les obligations et les droits se formaient par le simple consentement des associés. C'est pourquoi, si, au moment où les associés manifestent extérieurement leur volonté de s'associer, comme la volonté des parties suffit à former le contrat, les parties auraient pu apporter à leur consentement toutes les modalités qui leur auraient semblé nécessaires; elles auraient pu notamment conclure une société *sub condicione*.

Cependant un texte de Justinien, au Code, 4, 37, *Pro socio*, 6, rappelle l'existence de difficultés nombreuses qu'eurent les jurisconsultes romains à admettre la possibilité de l'existence d'une société sous condition. Par ce texte, Justinien reconnaîtra, le premier, qu'une société peut être faite sous condition; dans son exemple, la société sera formée, si Titius est nommé consul (1). Or cette hésitation, que marque la décision de Justinien, montre nettement l'impossibilité qu'il y eut à l'époque classique à conclure une société sous condi-

(1) Code Inst., 4, 37, *Pro socio*, 6, *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.*, a. 531 : *De societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest : puta : 'si ille consul fuerit' societatem esse 'contractam. sed ne simili modo apud posteritatem sicut apud antiquitatem huiusmodi causa ventiletur, sancimus societatem contrahi posse non solum pure, sed etiam sub condicione : voluntates etenim legitime contrahentium omnimodo conservandae sunt.*

tion. C'est là, semble-t-il donc, une exception, difficilement explicable d'ailleurs, mais indéniable, pour qui veut voir la possibilité d'introduire la condition dans les contrats consensuels dès leur origine (1).

Les textes, en réalité, permettent de reconnaître des règles toutes différentes, la décision de Justinien au Code n'est que la dernière preuve d'une règle ancienne qui n'admettait pas, dans les contrats consensuels, la possibilité d'une condition. Le cas de la société ne se présentait donc pas comme un cas isolé et exceptionnel. En effet, ce doute sur la possibilité de l'insertion d'une condition dans les contrats de vente et de louage n'a été tranché qu'à l'époque de Gaius, ou peu de temps avant lui (2). Pour la société, au contraire, la condition n'a été définitivement permise que par Justinien. Ce n'est donc qu'en interpolant un texte de Paul, *lib. 32 ad edictum*, au Digeste, 17, 2, *Pro socio*, 1, *pr.*, que les compilateurs ont posé le principe, considéré ainsi faussement comme classique, que la société pouvait être conclue sous condition (3).

Comment expliquer ces difficultés des jurisconsultes romains à admettre la condition dans la société en particulier ?

Ce fait tient à l'effet même de toute condition : « elle rend impossible toute exécution des obligations entre associés, d'autre part, c'est seulement au moment où l'exécution sera possible, donc, au moment de la réalisation de la condition, qu'on peut et doit procéder à l'examen de la validité et de l'efficacité de l'objet de l'obligation » (4). La condition s'oppose donc à la notion même de contrat consensuel. En effet, la société comme la vente, n'est pas formée par le seul consentement des parties ; pour être un contrat de société dont la

(1) En ce sens, GIRARD, *Manuel*, p. 481, n. 4.

(2) Gaius, 3, 146. En ce sens, F. SENN, *Cours de doctorat professé à la Faculté de droit de Nancy*, année 1925-1926.

(3) Paul, *lib. 32 ad edictum*, D., 17, 2, *Pro socio*, 1, *pr.* : *Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus vel ex tempore < vel sub condicione >*.

(4) SENN, *op. cit.*

sanction sera l'action *pro socio*, l'accord de volontés des associés doit porter sur la détermination de la communauté de biens qu'ils vont former, grâce à leurs apports réciproques, et sur l'intérêt commun qu'ils entendent poursuivre par leur association. C'est seulement par cet accord précis, déterminé, que l'une des formes particulières de la société aura pu être adoptée par les associés. C'est pourquoi si une condition reporte l'analyse de ces apports communs, de cet intérêt commun, dans un avenir, non seulement plus ou moins lointain, mais même indéterminé, comment admettre que les associés aient pu former juridiquement un véritable contrat de société? Comment concevoir la formation d'une communauté de biens par les apports réciproques des associés, mais dont la détermination sera soumise au fait de l'élection ou non de Titius comme consul? Les apports peuvent être divers, en industrie comme en capital; leur valeur peut être très variable et la proportion dans laquelle s'établissent les apports des différents associés peut être très différente. Il suffit pour que l'accord puisse se faire que l'apport soit déterminé, or la condition vient précisément dénier ce caractère essentiel. La communauté de biens ne pouvait donc être l'objet d'une attention particulière des associés au moment de la formation de leur contrat; le contrat de société ne pouvait donc être formé sous condition. Les longues hésitations de Justinien trouvent encore leur raison, et c'est ce qui explique leur persistance jusqu'à cette époque, dans le fait qu'il était impossible de reporter à plus tard l'examen de l'intérêt commun poursuivi par les associés. Non limité à une simple recherche de bénéfice, mais actuellement variable en son contenu, l'intérêt commun qu'exige toute société devait être précisé dès la formation même de l'accord des volontés; en l'absence de détermination exacte, le contrat, à l'époque classique, ne pouvait se former (1).

(1) Cf. BRASSLOFF, *Wiener Studien*, t. 24, p. 563, n. 3 : pour qui l'impos-

En définitive, l'effort théorique des jurisconsultes postclassiques et surtout des compilateurs de Justinien a conduit à une analyse plus subtile, plus juridique du contrat de société. Les juristes classiques avaient été conduits à poser quelques principes coutumiers pour régler les différentes pratiques. La société se présentait à eux sous les multiples formes que la vie commerciale avait dû entraîner. Quelques règles plus générales se retrouvaient dans tous les cas, ou, suivant les formes particulières, dans certains cas. La tendance des compilateurs révèle au contraire un effort plus théorique, auquel va répondre la tendance à unifier toutes les règles du contrat de société. Cet effort se retrouve dans l'analyse plus nuancée de la responsabilité de l'associé comme dans l'extension à tous les associés du bénéfice de compétence. C'est alors que les compilateurs tendent nécessairement à une généralisation des règles, cependant propres à des situations concrètes et parti-

sibilité de reconnaître une société sous condition résidait dans cette indétermination provoquée nécessairement par toute condition. Cependant il ne rattache pas le cas de la société à celui de la vente ou du louage.

Trois textes classiques sembleraient, à première lecture, venir contredire la décision même de Justinien au Code. La société aurait pu être conclue sous condition dès l'époque classique : Pomponius, *lib. 9 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 6 : *si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ex res redigenda est* ; Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 14 : *si convenit, ne intra certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntiatur, potest rationem habere renuntiatio, nec tenebitur pro socio qui ideo renuntiavit, quia condicio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur* ; Proculus, *lib. 5 epistularum*, D., *h. t.*, 76 : *societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret* (Proculus). Mais ces textes, en réalité, ne rapportent pas l'exemple d'une véritable condition ou modalité affectant l'ensemble du contrat. Par ce mot *condicio*, Pomponius, Ulpien ou Proculus ont nettement indiqué que les parties avaient conclu un pacte social. De ce pacte social, les parties avaient, en particulier, admis cette clause, ou *lex*, ou *condicio*, suivant laquelle Nerva, par exemple, leur ami commun, serait l'arbitre du partage de leurs biens communs.

culières. Les interpolations de certains textes classiques conduisent à cette conclusion, les compilateurs ayant étendu l'application de certains textes à des situations juridiques sensiblement identiques (1), ou ayant fait d'un principe particulier, un principe d'une portée beaucoup plus générale (2).

Il résulte donc que la société semble, à cette époque du Bas-Empire, n'avoir eu aucun développement nouveau, ni comme moyen de production dans la vie économique du pays, ni comme institution juridique. Elle ne pouvait jouer de rôle plus grand qu'à l'époque classique, étant donnée surtout l'importance qu'avait conservée l'esclavage et surtout celle qu'avait prise l'Etat dans tout le domaine économique : de grandes sociétés n'avaient alors aucune raison de se constituer; et les simples groupements d'individus trouvaient dans les quelques règles interprétatives du Digeste un cadre suffisant pour leur activité, les parties réglant d'ailleurs d'une manière habituelle leurs rapports par les clauses d'un pacte social.

(1) Ulpien, *lib. 2 responsorum*, D., *h. t.*, 73; voir *suprà*, p. 167, n. 1.

(2) Ulpien, *lib. 30 ad Sabinum*, D., *h. t.*, 37, *in fine*; 47, *pr.*; voir *suprà*, p. 149, n. 2.

TABLE DES PRINCIPAUX TEXTES CITÉS

AD C. HERENNIUM. — 4, 3, 3-4, 15 : 21 ; 233.

ARISTOTE. — *Ethic. Nicom.*, 8, 9, 1 : 20, n. 3 ; — 8, 9, 3 : 69, n. 2. — *Politique*, 1, 1 : 4, n. 1.

AULU-GELLE. — *Noctes Atticae*, 1, 9, 12 : 7, n. 2 ; 8, n. 2.

CATON. — *Dere rust.*, 5, 2 : 44 ; — 5, 4 : 34 ; — 19 : 32, n. 4 ; — 136 : 33, n. 2 ; 35, n. 1 ; — 137 : 31 ; 35, n. 1 ; — 144, 4 : 30 ; 32, n. 4 ; — 144, 14 : 30, n. 2 ; — 145, 1, 5 : 30, n. 3 ; — 145, 1, 13 : 31, n. 1 ; — 145, 3 : 30, n. 3 ; 32, n. 4 ; — 145, 11 : 30, n. 2 ; — 146 : 32, n. 6 ; — 195, 1, 5 : 31, n. 1 ; — 195, 1, 8 : 31, n. 1. — *Fragm. originum*, 5, 95 : 37, n. 2. — *Orationum reliquiae*, 19 : 38 ; — 19, 5 : 74, n. 3 ; — 73 : 74, n. 3.

CÉSAR. — *De bello Gallico*, 3, 2 : 52, n. 3 ; — 3, 10 : 52, n. 3 ; — 4, 3 : 52, n. 3.

CICÉRON (1). — *Ad Attic.*, 5, 8, 2 : 58, n. 3 ; — 5, 15, 3 : 79, n. 6 ; 80, n. 1 ; — 5, 16, 1 : 79, n. 6 ; — 11, 2, 3 : 77, n. 5 ; — 11, 10, 1 : 76, n. 7 ; — 16, 15, 2 : 27, n. 1. — *Ad Q. fratrem*, 1, 1, 11, 33 : 84, n. 2. — *Ad fam.*, 3, 9 : 84, n. 2 ; — 5, 20, 9 : 77, n. 4 ; — 5, 20, 30 : 78, n. 1 ; — 8, 7, 1 : 79, n. 6 ; — 11, 10, 1 : 79, n. 5 ; — 13, 6, 2 : 79, n. 3 ; — 13, 9, 2 : 76, n. 10 ; 79, n. 8 ; — 13, 9, 3 : 79, n. 5 ; — 13, 10, 2 : 76, n. 5 ; 77, n. 7 ; 78, n. 2 ; 82, n. 2 ; — 13, 65, 1 : 80, n. 5. — *Brut.*, 22, 85 : 47, n. 2 ; 80, n. 1 ; 45 : 6, n. 3. — *De domo*, 28 : 6, n. 3 ; — 10, 25 : 78, n. 6 ; — 18, 48 : 71, n. 5 ; 78, n. 1 ; 79, n. 1 ; — 56, 142 : 76, n. 6. — *De imp. Pomp.*, 6, 16 : 76, n. 2 ; — 7, 19 : 77, n. 7. — *De lege agr.*, 1, 21, 55 ; 12, n. 3 ; — 2, 19, 45 : 75, n. 5 ; — 2, 25 : 10, n. 2. — *De nat. deor.*, 3, 74 : 70, n. 2. — *De officiis*, 1, 8, 26 : 22, n. 3 ; — 1, 17, 54 : 4, n. 3 ; n. 5 ; n. 6 ; 9, n. 3 ; 11, n. 3 ; — 1, 17, 55 : 10, n. 7 ; 18, n. 1 ; 20 ; — 1, 17, 57 : 19, n. 2 ; — 1, 42 : 50, n. 2 ; — 2, 21, 73 : 41, n. 3 ; — 3, 17, 70 : 69, n. 1 ; 87. — *De or.*, 1, 56, 237 : 8, n. 8 ; 9, n. 4 ; — 2, 55 : 11, n. 1. — *De prov. cons.*, 5, 10 : 80, n. 1 ; — 5, 12 : 80, n. 5. — *De republ.*, 1, 32, 49 : 22, n. 3 ; — 2, 9, 16 : 10, n. 4. — *In Vat.*, 3, 8 :

(1) Pour l'emploi des mots *societas* et *socius* dans un sens différent de celui de contrat de société ou d'associé, voir p. 64, n. 2 ; n. 3 ; n. 4.

76, n. 6; — 13, 29 : 82, n. 2; n. 3. — *In Verr.*, 2, 1, 55 : 82, n. 2; — 2, 3, 23 : 9, n. 4; — 2, 5, 8 : 50, n. 3; — 2, 54, 141 : 78, n. 2; — 2, 70, 171 : 79, n. 8; — 2, 70, 172 : 74, n. 4; — 2, 73, 181 : 77, n. 6; — 2, 73, 182 : 78, n. 4; — 2, 73, 182 : 78, n. 4; — 2, 74, 182 : 78, n. 4; — 2, 75, 185 : 76, n. 2; — 2, 186 : 80, n. 3; — 2, 2, 70 : 79, n. 7; — 2, 2, 70, 171 : 76, n. 8; — 2, 2, 71, 173 : 80, n. 4; — 2, 2, 71, 175 : 80, n. 11; — 2, 3, 20, 50 : 61; — 2, 3, 20, 51 : 38, n. 5; — 2, 3, 58, 134 : 68, n. 4; — 2, 3, 70, 165 : 77, n. 2; — 2, 3, 70, 169 : 79, n. 5; — 3, 11, 27 : 76, n. 9; — 3, 41, 94 : 79, n. 8; — 3, 50 : 80, n. 4; — 3, 130 : 80, n. 4; — 3, 132 : 80, n. 4; — 3, 58, 134 : 71, n. 3; — 3, 58, 135 : 99; — 3, 59, 135 : 71, n. 3; — 3, 59, 140 : 71; — 3, 141 : 80, n. 4; — 3, 62, 144 : 100; — 3, 71, 167 : 76, n. 8; — 3, 72, 168 : 77, n. 2; — 3, 76, 186 : 76, n. 6; — 4, 3, 71, 167 : 79, n. 3; — 4, 5, 143 : 78, n. 3. — *Pro Caec.*, 3, 7 : 69, n. 2; 70, n. 2; — 7, 49 : 12, n. 3; — 10, 33 : 78, n. 6. — *Pro Corn.*, 104 : 6, n. 3. — *Pro Placc.*, 18, 43 : 70, n. 2. — *Pro lege Manilia*, 6 : 75, n. 5; — 7, 18-19 : 17, n. 8; — 8 : 51, n. 4. — *Pro Murena*, 12, 27 : 12, n. 3. — *Pro Plancio*, 13, 32 : 76, n. 6; 77, n. 1; 78, n. 2; n. 3; n. 6; — 19, 47 : 79, n. 8; 26, 64 : 78. — *Pro Quinctio*, 3, 11 : 62, n. 2; — 3, 12 : 62, n. 2; 68, n. 2; — 3, 13 : 62, n. 3; 98, n. 1; — 6, 26 : 21, n. 4; 70, n. 2; — 10, 27 : 66; — 10, 28 : 67; — 11, 32 : 68, n. 1; — 11, 33 : 70, n. 2; — 15, 48-9 : 69, n. 3; — 76 : 62, n. 4; 68, n. 3. — *Pro Rabirio*, 2, 3 : 79, n. 3; — 2, 4 : 82, n. 2. — *Pro Roscio Amerino*, 38, 111 : 70, n. 1; n. 2; — 39, 112 : 71; — 40, 116 : 69, n. 2; 70, n. 2; — 43, 124 : 71. — *Pro Roscio comoedo*, 3 : 98, n. 2; — 4, 10 : 95, n. 6; — 4, 11-12 : 97, n. 2; n. 5; 98, n. 1; — 4, 12-13 : 95, n. 3; 97, n. 4; — 5, 15 : 98, n. 1; — 5, 16 : 63, n. 5; — 6, 16 : 69, n. 2; 70, n. 2; 96, n. 3; — 6, 28 : 66; — 9, 25-26 : 95, n. 3; 97, n. 4; 101, n. 1; n. 2; 192, n. 1; — 10, 27 : 63, n. 2; — 10, 28 : 96, n. 3; — 11, 32 : 63, n. 3; n. 4; 95, n. 2; n. 3; — 11, 38 : 66; — 12, 34-35 : 63, n. 2; 96, n. 2; — 13, 37-38 : 95, n. 4; 97, n. 3; — 14, 41 : 95, n. 5; — 17, 52 : 96, n. 2; — 18, 55 : 9, n. 4; 14, n. 1; — 19 : 70, n. 2; — 24, 76 : 66; — 25, 79 : 66; — 27, 84 : 66; — 27, 85 : 66; — 29 : 96, n. 3; — 29 : 96, n. 3; — 29, 90 : 66. — *Pro Sext.*, 8, 21 : 78, n. 1; — 14, 32 : 76, n. 4. — *Pro Sulla*, 2 : 6, n. 3; — 20 : 11, n. 2. — *Topiques*, 10, 42 : 69, n. 2.

CODE JUSTINIEN. — 2, 11, 22 : 290; — 3, 36, 6 : 12, n. 2; — 3, 38, 4 : 290, n. 5; — 4, 37, 1 : 120; 291, n. 2; — 2 : 290; — 3 : 290; 291, n. 3; — 4 : 293, n. 3; — 5 : 290, n. 3; 293; — 6 : 299.

COLLATIO. — 10, 2, 1 : 187; — 2 : 187; — 3 : 187; — 4 : 183; 187, n. 3.

DENYS D'HALICARNASSE. — 1, 79 : 4, n. 1; — 2, 28 : 3, n. 1.

DIGESTE. — D., 2, 14, 7, 3 : 89, n. 3; — 25, *pr.* : 234; — 27, *pr.* : 113; 234, n. 1; — D., 3, 2, 1 : 203; — 6, 6 : 202; — D., 3, 4, 1, *pr.* : 222, n. 1; — D., 3, 5, 26 (27) : 110, n. 3; — D., 44, 4, 16, 1 : 115, n. 1; — D., 4, 5, 3, 1 : 90, n. 1; — 11 : 90, n. 1; — D., 4, 9, 6, 1 : 147, n. 1; 192, n. 2; 196, n. 1; — D., 8, 2, 8 : 173, n. 4; — D., 9, 4, 10 : 192, n. 2; 282,

n. 6; — D., 10, 2, 1, *pr.* : 12, n. 1; — 12, *pr.* : 282, n. 1; — 20, 4 : 12, n. 6; 277, n. 2; — 22, *pr.* : 282, n. 1; — 25, 16 : 12, n. 8; 148; — 30 : 10, n. 7; 277, n. 2; — 39, 3 : 9, n. 5; 14, n. 1; 110, n. 1; 166; — 52, 16 : 189, n. 3; — D., 10, 3, 1, *pr.* : 192; 195; 198; 275; 276, n. 3; — 2, *pr.* : 144, n. 1; 148, n. 1; 150; — 3, *pr.* : 195; 278; 281; — 4, *pr.* : 277; — 4, 3 : 194; 281; — 6, 1 : 282, n. 3; — 6, 4 : 282, n. 1; — 6, 6 : 212, n. 2; — 9, *pr.* : 282, n. 3; — 11, *pr.* : 282, n. 3; — 14, 1 : 282, n. 4; — 14, 2 : 260, n. 1; — 16, *pr.* : 275, n. 1; — 19, 2 : 147, n. 1; 192, n. 2; 196, n. 1; 282, n. 6; — 25, *pr.* : 146, n. 1; 192, n. 2; 196, n. 1; 282, n. 3; n. 6; — 26 : 281; — 28 : 174, n. 1; — D., 11, 3, 9, *pr.* : 147, n. 1; 192, n. 2; 196, n. 1; 213, n. 1; 286, n. 6; — D., 12, 1, 16 : 228, n. 1; — D., 12, 2, 34, 6 : 212, n. 2; — D., 13, 6, 5, 2 : 191; — D., 14, 1, 1, 1 : 236; — 1, 25 : 236; 239; 245, n. 3; — 2 : 239; — 3, *pr.* : 237; — 4, *pr.* : 238; — D., 14, 3, 1, *pr.* : 245, n. 5; — 5, *pr.* : 237, n. 1; — 5, 1 : 108, n. 2; — 13, 2 : 89, n. 3; 147, n. 1; 196, n. 1; 237, n. 2; 239; 241; 245, n. 4; 282, n. 6; — 14 : 89, n. 3; 196, n. 1; 231; 232; 238; n. 2; 282, n. 6; — D., 14, 4, 3, *pr.* : 240, n. 1; — 6, *pr.* : 242, n. 1; — D., 15, 1, 5, 1 : 236; — 10 : 242, n. 2; — 19, 25 : 147, n. 1; 192, n. 2; 196, n. 1; 246; 282, n. 6; — 20 : 246; — 27, 8 : 114; 147, n. 1; 196, n. 1; 241; — 47, 2 : 209, n. 1; — D., 15, 3, 13 : 242, n. 4; — 14 : 243, n. 1; — D., 15, 4, 27, 8 : 282, n. 6; — D., 16, 2, 7, *pr.* : 231, n. 1; — 10, *pr.* : 180, n. 1; — 16, *pr.* : 231, n. 1; — 18, 1 : 231, n. 1; — D., 16, 3, 32 : 186, n. 1.

D., 17, 2, 1, *pr.* : 39, n. 2; 250; 300; — 1, 1 : 14, n. 1; 118; 125; 127, n. 1; 161; — 2 : 125; 127, n. 1; — 3, *pr.* : 124; 166; — 3, 1 : 57, n. 1; — 3, 2 : 162, n. 1; — 3 : 117; 158; — 4, *pr.* : 115; 148; — 4, 1 : 251, n. 3; 270; — 5, *pr.* : 57, n. 1; 109; 161; — 5, 1 : 123, n. 3; 133, n. 2; — 5, 2 : 192, n. 2; — 6 : 138, n. 2; 301, n. 1; — 7 : 14, n. 1; 52, n. 3; 60, n. 1; n. 2; 227; — 8 : 14, n. 1; 52, n. 3; 120; 162; — 9 : 14, n. 1; 52, n. 3; 61, n. 2; 131; 163, n. 1; — 10 : 61, n. 2; 162, n. 2; 192, n. 2; — 11 : 61, n. 2; 162, n. 5; — 12 : 167; 192, n. 2; — 13 : 163; — 14 : 144, n. 4; 192, n. 2; 255, n. 2; 259, n. 3; 263, n. 2; 273; 301, n. 1; — 16, *pr.* : 256, n. 1; — 16, 1 : 130, n. 4; 146, n. 3; 259; — 17, *pr.* : 146, n. 4; 282, n. 6; — 17, 1 : 252, n. 2; — 17, 2 : 259, n. 1; — 18, 253, n. 1; — 19 : 146, n. 1; 224; — 20 : 225; — 21 : 225, n. 2; — 22 : 225, n. 2; — 23, *pr.* : 225, n. 3; — 23, 1 : 179, n. 1; — 24 : 246, n. 2; — 26 : 179, n. 2; — 27 : 166; 168, n. 2; — 28 : 168, n. 1; 194; — 29, *pr.* : 123; 131, n. 1; 138, n. 1; — 29, 1 : 134, n. 1; — 29, 2 : 134, n. 2; — 30 : 133, n. 1; 135, n. 1; — 31 : 57, n. 1; 141; 150, n. 2; 153; 156; — 32 : 57, n. 1; 153; — 33 : 115, n. 1; — 34 : 89, n. 3; 151, n. 2; 155; 173, n. 2; 277, n. 2; 280, n. 2; — 35 : 202; 265; 275; — 37 : 12, n. 7; 116; 265, n. 1; — 38, *pr.* : 192, n. 2; — 38, 1 : 173, n. 3; 147, n. 1; 175; 196; 284; — 39 : 192, n. 2; 227; — 40 : 202, n. 3; 264, n. 1; — 41 : 192, n. 3; — 42 : 192, n. 2; 217; — 43 : 284, n. 1; 285, n. 1; — 44 : 113; 135, n. 2; 144; 152, n. 1; 154; — 45 : 192, n. 2; 210, n. 1; — 46 : 210, n. 1; — 47, *pr.* : 211; 212; 303, n. 2; — 47, 1 : 212, n. 1; — 48 : 212; — 49 : 212, n. 1; — 50 : 192, n. 2;

242; n. 2; — 51, 1 : 243, n. 1; — 52, 1 : 182; 192; — 52, 2 : 36, n. 1; 122, n. 1; 181, n. 1; 184; 188; 191; 242, n. 1; — 52, 3 : 151; 154; 178, n. 3; 185; n. 2; n. 3; 192, n. 2; — 52, 5 : 113; 175, n. 1; 160, n. 1; — 52, 6 : 7, n. 2; 14, n. 1; 110, n. 3; — 52, 7 : 136, n. 2; 142, n. 1; 192, n. 2; — 52, 8 : 14, n. 1; 89, n. 3; 110, n. 2; 149, n. 1; — 52, 10 : 174, n. 2; — 52, 11 : 192, n. 2; — 52, 12 : 157, n. 2; 196, n. 1; — 52, 13 : 156, n. 1; 157, n. 1; 192, n. 2; — 52, 14 : 201; 275; — 52, 15 : 172, n. 1; 173, n. 2; — 52, 16 : 161, n. 1; — 52, 17 : 123, n. 1; 164; — 52, 18 : 9, n. 5; 167, n. 3; — 53, *pr.* : 14, n. 1; 149, n. 2; 165, n. 1; — 54 : 165, n. 2; — 55 : 165, n. 3; — 56 : 165, n. 3; — 57 : 149, n. 2; 303, n. 2; — 58, *pr.* : 113; 129, n. 2; 143, n. 1; 177, n. 2; 192, n. 2; — 58, 1 : 128, n. 2; 129, n. 1; 177, n. 3; — 58, 2 : 269, n. 2; — 58, 3 : 272, n. 2; — 59, *pr.* : 81, n. 3; 262, n. 2; 263; 265; — 59, 1 : 168; — 60, *pr.* : 176, n. 2; 192, n. 2; — 60, 1 : 171, n. 1; — 61 : 172; — 63, *pr.* : 57, n. 1; 58, n. 1; n. 2; 204; 205, n. 4; 207, n. 1; 297, n. 2; — 63, 1 : 207, n. 2; — 63, 2 : 207, n. 2; — 63, 3 : 207, n. 3; 293; — 63, 4 : 209, n. 1; — 63, 5 : 132, n. 1; 192, n. 2; 298, n. 1; — 63, 6 : 208, n. 2; — 63, 7 : 206, n. 1; 208, n. 1; — 63, 8 : 203; 262, n. 3; 275, n. 2; — 63, 9 : 127, n. 1; 192, n. 2; 202, n. 2; 203, n. 1; 275; — 63, 10 : 145, n. 2; 199; 250, n. 1; 273; — 64 : 251, n. 2; — 65, *pr.* : 199; 273, n. 1; — 65, 1 : 271; — 65, 2 : 265; 266, n. 1; — 65, 3 : 127, n. 1; 251; 256, n. 2; 257; — 65, 4 : 257, n. 1; — 65, 5 : 254, n. 1; 258, n. 2; — 65, 6 : 252; 258, n. 3; 259, n. 3; — 65, 7 : 253, n. 2; — 65, 9 : 260; 261; 264; — 65, 10 : 265, n. 3; 273; — 65, 11 : 269, n. 3; — 65, 12 : 271, n. 2; — 65, 13 : 146, n. 2; 192, n. 2; 274, n. 1; 277; 280; — 65, 14 : 222, n. 1; — 65, 15 : 93, n. 1; 113, n. 3; 199, n. 2; — 65, 16 : 169, n. 1; — 66 : 169, n. 2; — 67, *pr.* : 164; 172; 247, n. 1; 274; 274, n. 2; — 67, 1 : 176, n. 1; — 67, 2 : 172; — 67, 3 : 204; — 68, *pr.* : 227, n. 1; — 68, 1 : 206, n. 1; — 69 : 219; — 70 : 250; 260; — 71, *pr.* : 61; 89, n. 3; 100; 130, n. 1; 162, n. 4; 192, n. 2; 214, n. 1; n. 2; 215; 216, n. 1; — 71, 1 : 60, n. 3; 163, n. 4; 214; — 72 : 186; 188; 189; 297, n. 1; — 73 : 43, n. 1; 167, n. 1; n. 2; 169; 303, n. 1; — 74 : 69, n. 3; 164; 213; — 75 : 139, n. 1; — 76 : 139, n. 2; 301, n. 1; — 77 : 140, n. 1; — 78 : 140, n. 2; — 79 : 140, n. 3; — 80 : 138, n. 3; — 81 : 170, n. 1; 192, n. 2; — 82 : 166; 226; — 84 : 193, n. 1; 236; 246, n. 1.

D., 18, 1, 78, 2 : 282, n. 1; — D., 18, 3, 14 : 114; — D., 18, 6, 3 : 189, n. 3; — D., 19, 1, 28 : 218, n. 2; — D., 19, 3, 1 : 136, n. 1; — D., 19, 5, 13, 1 : 124, n. 1; 137; 144, n. 1; 152, n. 2; 154; 192, n. 2; — D., 19, 5, 13, *pr.* : 136, n. 3; — D., 24, 1, 1, 1 : 177, n. 1; — 44, 1 : 113; 229, n. 1; 233, n. 1; — D., 22, 38, 9 : 127, n. 1; — D., 24, 1, 32, 24 : 112, n. 1; 158, n. 2; — D., 26, 7, 47, 6 : 9, n. 5; 13, n. 3; 14, n. 1; 110; — 27, 3, 1, 6 : 89, n. 3; — 1, 8 : 89, n. 3; — 1, 14 : 123, n. 2; — D., 27, 10, 7, 3 : 212, n. 2; — D., 28, 5, 60 (59), 1 : 113; — D., 28, 7, 4, *pr.* : 110, n. 3; — D., 29, 1, 38, 9 : 175; — D., 29, 2, 42, 1 : 193, n. 2; — 45, 2 : 163, n. 3; — 78 : 9, n. 5; 13, n. 3; 4, n. 1; — D., 31, 89, 4 : 110, n. 3; — D.,

34, 1, 16, 3 : 112; — D., 34, 5, 7, 2 : 131, n. 1; — D., 35, 2, 62, *pr.* : 230; — D., 36, 1, 24 (23), 1 : 131, n. 1; — 80 (78), 8 : 112, n. 2; — D., 37, 1, 3, 4 : 22, n. 1; — D., 38, 1, 36 : 92, n. 2; — D., 38, 2, 1, *pr.* : 91, n. 1; n. 5; 92, n. 1; — 1, 1 : 89, n. 1; 92, n. 2; — 39, 2, 32 : 146, n. 1; 173; n. 5; 192, n. 2; 196, n. 1; 282, n. 6; — D., 39, 4, 1, 1 : 75, n. 3; — 3, 1 : 113; — 9, 4 : 113; — 113, n. 3; — 12, 13 : 75, n. 3; 76, n. 3; — D., 40, 12, 44 : 90, n. 4; — D., 41, 2, 18, *pr.* : 126, n. 1; — 26 : 126, n. 1; — D., 42, 1, 16 : 205, n. 1; n. 3; 206; — 22, 1 : 58, n. 1; 207, n. 1; 220, n. 1; — D., 42, 2, 6, *pr.* : 89, n. 3; — D., 43, 3, 1, 4 : 212, n. 2; — D., 43, 14, 1, 7 : 75, n. 3; — D., 44, 5, 1, 5 : 91, n. 3; — 1, 7 : 91, n. 2; — D., 44, 7, 1, 4 : 189, n. 3; — 2, *pr.* : 115, n. 1; — 57 : 115, n. 1; — D., 45, 2, 10 : 271; — 11, 1 : 219, n. 2; — 19 : 266, n. 2; — D., 45, 3, 28, 1 : 147, n. 1; 196, n. 1; 244; 245, n. 1; — 37 : 244, n. 1; — D., 46, 1, 22 : 222, n. 1; — 71, *pr.* : 231, n. 2; 266; — D., 46, 3, 5, 2 : 131, n. 1; — D., 47, 2, 26, 1 : 32, n. 1; — 52, 18 : 162, n. 2; — D., 47, 10, 19 : 27, n. 1; — D., 48, 22, 14, 1 : 294, n. 5; — D., 49, 19, 47, *pr.* : 115, n. 1; — D., 50, 16, 16 : 75, n. 3; — D., 50, 17, 23 : 190; — 35 : 251, n. 1; — 47, 1 : 225, n. 1; — 133 : 235.

EDIT PERPÉTUEL. — 6, 16 : 88, n. 1; — 19, 109 : 192.

Q. ENNIUS. — *Annali*, 8 : 33, n. 4. — *Chresphante*, 7, 165 : 22. — *Satyrarum*, 3 : 33, n. 4. — *Thyestes Fabulae*, 15, 303-304 : 22.

FESTUS. — *De verborum significatu, certum citumque*, 333 : 76, n. 1. — *The.*, 296 : 33, n. 4.

GAIUS. — I, 121 : 125, n. 1; — II, 25 : 19, n. 3; — 148 : 57, n. 1; — 151 : 57, n. 1; — 157 : 8, n. 1. — III, 84 : 268; — 93 : 28, n. 2; — 121 : 11, n. 1; 29; — 122 : 25; 28, n. 2; — 146 : 300, n. 2; — 148 : 291, n. 1; — 149 : 99, n. 5; 119; 130, n. 3, 133, n. 1; 291, n. 2; — 150 : 131, n. 1; 140; — 151 : 127, n. 1; — 251; 256, n. 2; 258, n. 1; — 152 : 262, n. 1; — 153 : 267; 268, n. 1; — 154 : 271, n. 1; n. 2. — IV, 28 : 75, n. 3; — 42 : 24, n. 1; 194, n. 2; 276, n. 2; — 62 : 192, n. 2; — 74 a : 242, n. 3; — 108 : 26, n. 4.

HORACE. — *Sat.*, 2, 2 : 4, n. 1; — *Odes*, 3, 24, 60 : 9, n. 4.

INS. IUST. — 2, 14, 6 : 131, n. 1; — III, xxv, *pr.* : 291, n. 1; — 1 : 291, n. 3; 292, n. 2; — 2 : 133, n. 1; 291, n. 2; 292, n. 1; 293, n. 1; — 3 : 293, n. 2; — 4 : 294, n. 1; — 5 : 294, n. 2; 295, n. 2; — 6 : 294, n. 3; — 7 : 294, n. 4; — 8 : 294, n. 5; 295, n. 1; — 9 : 296, n. 3; 297, n. 1; — 4, 6, 20 : 194, n. 5.

LAUDATIO QUAE DICITUR TURIAE. — 1, 37, 40 : 111, n. 3; — 2, 32, 39 : 111, n. 4.

LEGIS FRAGMENTUM ATTESTINUM. — 88, n. 4.

LEX *Acilia repetundarum*, 1, 6, 1 : 37, n. 2; — *agraria*, 1, 20 : 81, n. 1; — *Antonia de Termessibus*, 1, 11 : 37, n. 2; — *Julia municipalis*, 111 :

87, n. 2; — *Malacitana*, 2, 964 : 81, n. 1; — *Metalli Vipascensi*, 2, 518 : 81, n. 1; — *Quinctia* : 182.

LOI DES XII TABLES. — 5, 8 : 90, n. 2; — 8, 3 : 10, n. 1.

LUCAIN. — *Pharsale*, 1, 92 : 22, n. 3.

LUCILIUS. — *Sab.*, 28, 453-454 : 74, n. 4.

NONIUS. — 47 : 33; — 181 : 8, n. 7.

OVIDE. — *Met.*, 11, 346 : 7, n. 1.

PACUVIUS. — *Chryses*, 4, 34 (80) : 37, n. 2.

PAUL. — *Sent.*, I, 18, 1 : 12, n. 6; 277, n. 2; — 2 : 12, n. 4; — 4 : 12, n. 5; — 5 : 194; 276; — II, 16 : 127, n. 1; — III, 6, 2 : 212, n. 2.

PAUL-DIACRE. — 72 : 8, n. 4.

PLAUTE. — *Amph.*, 1, 1, 228 : 23, n. 1; — *Asin.*, 2, 2, 22 : 23, n. 1; 3, 60-2 : 91, n. 1; — *Bacch.*, 5, 1, 19 : 23, n. 1; — *Cistell.*, 4, 2, 78 : 23, n. 1; — *Menechm.*, 1, 2, 25 : 23, n. 1; — 5, 7, 43-5 : 90, n. 3; — *Mil. glor.*, 4, 2, 22 : 23, n. 1; 4, 4, 37-8 : 33, n. 4; — *Mostell.*, 1, 3, 119-120 : 23, n. 1; — *Pseud.*, 1, 3, 128 : 22, n. 5; — *Rud.*, 1, 2, 71-3 : 23, n. 1; — 1, 4, 18-9 : 23, n. 1; 24; — 2, 6, 3-4 : 23, n. 1; — 2, 67-8 : 24; — 4, 2, 32 : 4, n. 1; — 4, 3, 84 : 23, n. 1; — 4, 3, 87 : 23, n. 1. — *Stich.*, 1, 2, 43-4 : 111, n. 1; — *Truculentus*, 1, 2, 29 (141) : 74, n. 2; — *Vidul.*, 4, 1-2 : 23, n. 1.

PLINE L'ANCIEN. — *Hist. Nat.*, 9, 3, 39 : 75, n. 3; — 10, 23, 5 : 44, n. 1; — 18, 225 : 105, n. 1; — 33, 7, 112 : 44, n. 1; — 33, 164 : 78, n. 6.

PLINE LE JEUNE. — *Ep.*, 8, 18, 4 : 9, n. 4; — 9, 37, 3 : 32, n. 1.

POLYBE. — 6, 17, 2-4 : 49, n. 2; — 25, 3, 1 : 39, n. 2.

SALLUSTE. — *De Catilinae coniuratione*, 44, 3 : 38.

SÉNÈQUE. — *De benef.*, 6, 13 : 13, n. 2; — 7, 12 : 20. — *Ep.*, 88 : 105, n. 1.

SERVIUS. — *In AEneidem*, 8, 642 : 7, n. 2; 8, n. 6.

SUÉTONE. — *Vespasien*, 1 : 35, n. 3.

TÉRENCE. — *Heaut.*, 3, 1, 8-9 : 21.

TIBULLE. — 2, 5, 23 : 7, n. 1; 9, n. 4.

TITE-LIVE. — 1, 4 : 22, n. 3; — 10, 23 : 49, n. 1; — 10, 47 : 49, n. 1; — 21, 63 : 50, n. 3; — 22, 60 : 78, n. 5; 79, n. 1; — 24, 18 : 47, n. 1; — 25, 3 : 48; 48, n. 4; 75, n. 2; — 25, 10 : 49, n. 1; — 27, 2 : 9, n. 1; — 27, 3, 1 : 32, n. 3; 47, n. 4; — 27, 40 : 46, n. 1; — 27, 11 : 47, n. 5; —

29, 16 : 44; — 29, 37 : 46, n. 6; 48; — 31, 13 : 44; 45; — 33, 42 : 45; 49, n. 1; — 33, 48-9 : 45, n. 2; — 34, 6 : 46, n. 3; — 34, 53 : 46, n. 6; — 36, 36 : 46, n. 4; — 39, 44 : 46, n. 6; 48, n. 3; — 40, 34 : 46, n. 6; — 40, 44 : 46, n. 6; — 40, 51, 8 : 46, n. 5; 76, n. 2; — 40, 58-9 : 39, n. 2; — 40, 160 : 51, n. 5; — 41, 27 : 46, n. 6; — 41, 42-6 : 39, n. 2; — 42, 3 : 47, n. 1; — 42, 25, 4 : 39, n. 2; — 45, 25, 10 : 36, n. 2; — 45, 9, 3 : 39, n. 2; — 45, 18, 4 : 84, n. 2.

ULPIEN. — *Reg.*, 19, 6 : 125; — 19, 16 : 24, n. 1; 276, n. 2; — 19, 26 : 194, n. 2; — 25, 15 : 127, n. 1.

VALÈRE-MAXIME. — 4, 4, 8 : 9, n. 2; — 5, 6, 8 : 75, n. 2; — 6, 9, 7 : 82, n. 2; — 9, 2 : 51, n. 4.

VARRON. — *De l. l.*, 6, 65 : 8, n. 3; — 6, 92 : 44, n. 1; — *De re rustica* : 1, 17, 2 : 35, n. 2; — 1, 18, 2 : 10, n. 1; — 3, 2, 5 : 34, n. 4; — 5, 95 : 10, n. 4.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.....	Pages. 1
--------------	-------------

I. — Des origines au **vii^e** siècle de Rome.

CHAPITRE PREMIER. — Aperçu des divers rapports sociaux pouvant exister entre individus ou groupements d'individus et plus spécialement de la <i>societas</i>	3
--	---

Les groupements naturels : la famille et la cité. — Les groupements issus des nécessités pratiques : le *collegium*, association religieuse et politique; le *consortium*, association familiale entre les héritiers d'un même *paterfamilias*; la *societas*, groupement d'amis désireux de poursuivre une vie commune. — La société entre *sponsores*. — La société ne saurait être conclue entre le propriétaire d'un fonds rural et un ouvrier agricole; la *politio*. — Les rapports d'amitié et les alliances entre différentes cités : la *societas* entre deux cités suppose entre elles l'existence d'un lien d'amitié.

CHAPITRE II. — Les sociétés à l'époque des transformations politiques et économiques du vi^e siècle de Rome.....	41
---	----

Les conquêtes de Rome et l'extension du domaine de la Cité : leurs conséquences économiques. — Les grandes sociétés financières; leur apparition lors des guerres puniques : elles consentent des prêts à la Cité, assurent les fournitures aux armées, l'exécution de nombreux travaux publics, la perception des impôts. Leur puissance politique et économique. — L'évolution des mœurs et la transformation de la vie économique : l'importance nouvelle du commerce; la répercussion du nouvel état de choses sur la nature de la société privée.

II. — Le contrat de société au **vii^e** siècle de Rome.

CHAPITRE PREMIER. — Les <i>societates privatae</i>	57
--	----

Les formes différentes; a) la société de tous biens : sa persistance; l'Edit du prêteur; — b) les formes nouvelles de sociétés répondant aux

besoins nouveaux du commerce : l'apport en industrie ; la *societas universorum quae ex quaestu veniunt* ; les sociétés de banquiers ; les sociétés entre *C. Quinctius* et *Naevius*, *Roscio* et *Fannius* dans les discours de Cicéron. — Les éléments du contrat de société : toute société tend à la formation d'une communauté de biens entre associés ; droits des associés sur les biens communs (le *Pro Quinctio*, le *Pro Roscio comoedo*). Toute société suppose entre les associés des rapports fondés sur la bonne foi : la sanction sociale est infamante ; nullité des sociétés où la bonne foi est absente.

CHAPITRE II. — Les *societates publicanorum*..... 73

La société de publicains : le publicain ou percepteur d'impôts, les différents impôts perçus ; le publicain et son rôle de banquier. — Les rapports de la société avec l'Etat ; le contrat d'affermage avec l'Etat ; et les rapports entre associés : l'administration de la société. — Les rapports des associés avec les tiers ; avec les contribuables. L'*arca communis* : sa persistance à la mort d'un associé ; contribution des *adfinés* à sa constitution. — Origine de la forme de ces sociétés. — Décadence rapide de ces sociétés.

CHAPITRE III. — La sanction des rapports sociaux : l'action *pro socio*..... 87

Caractères de l'action *pro socio* : de bonne foi, infamante. — L'action *pro socio* existe dès les débuts de la procédure formulaire ; cas de la société entre patron et affranchi. — La sanction sociale de l'époque des Actions de la loi : l'arbitrage privé et le *Pro Roscio comoedo* ; l'emploi de la stipulation pénale.

III. — Le contrat de société au temps des jurisconsultes classiques.

CHAPITRE PREMIER. — Le contrat de société et le milieu économique sous le Principat..... 105

Les caractères de la vie économique à Rome sous le Principat. Le peu d'importance de la société ; ses causes ; de ce que le caractère rigoureusement personnel des droits et obligations entre associés entraîne le développement possible de leurs sociétés ; de ce que, en outre, l'emploi de nombreux esclaves pour le commerce maritime ou terrestre a peut-être rendu moins nécessaire pour le riche Romain le recours à des associés pour créer des organisations commerciales puissantes. — Les différentes formes de contrats de société reconnues par la coutume. Etudes particulières de la *societas omnium bonorum*, de sociétés entre époux, de la société universelle d'acquêts, des sociétés à but commercial.

CHAPITRE II. — La formation d'une société.....	115
--	-----

I. — <i>Le contrat consensuel de société</i>	115
---	-----

La société est un contrat consensuel; l'importance particulière de la bonne foi. — L'engagement de faire un apport : apport en pleine propriété ou en jouissance. — L'apport en industrie : évolution historique des règles assurant la combinaison des apports en capital et en industrie dans un même contrat. — L'exécution de l'obligation de faire un apport; exceptionnellement, l'associé de tous biens exécute son apport sans transfert. Les risques entre associés dans l'intervalle entre la formation du contrat et l'exécution des apports. — Les associés ont coutume d'établir un pacte social. Examen de ces clauses, notamment en ce qui concerne la détermination des règles du partage.

II. — <i>De la communio entre associés sans intervention de la notion d'affectio societatis</i>	140
---	-----

Dans toute société, les associés doivent envisager la formation d'une *communio*, communauté de biens ou d'acquêts. Les règles coutumières des indivisions ordinaires s'appliquent, sauf clause contraire, à toute *communio* issue d'un contrat de société. — La *communio*, née d'un contrat de société, se distingue des autres *communiones* formées en dehors de toute convention : l'importance du *consensus*. — La *communio*, née d'un contrat de société, se distingue des autres *communiones* issues de tout autre contrat, par l'adoption, suivant la situation particulière des associés, de l'une des formes sociales reconnues par la coutume, et non pas à l'époque classique, à raison d'une soi-disant notion d'*affectio societatis*. Par l'emploi de l'une des formes de sociétés, les associés recherchent toujours un avantage commun.

CHAPITRE III. — Les rapports sociaux entre associés.....	159
--	-----

I. — <i>Les obligations des associés</i>	159
--	-----

Les associés mettent en commun tout ou partie de leurs biens : les sociétés universelles ou particulières. — Les associés supportent en commun tout ou partie de leurs dettes. Cas particulier de la dot. — Des impenses supportées par les associés : évolution historique et extension du caractère commun des impenses. — La perception des fruits et revenus communs. — Les risques entre associés pendant la durée de la société. — La compensation des dettes et créances sociales entre associés.

II. — <i>La responsabilité de l'associé</i>	180
---	-----

Jusqu'au début de l'époque classique, l'associé ne répond que de son dol. — La responsabilité de l'associé qui fait un apport en indus-

trie : le dol et la *culpa*. — L'associé ne doit pas la *diligentia quam suis*. — Tout associé, à l'époque classique, est responsable de son dol et de sa *culpa*.

III. — La sanction des rapports entre associés..... 191

L'action *pro socio*. Elle ne sanctionne que les obligations nées d'un contrat de société. Elle est accordée durant la société ou à la liquidation de la société. Elle règle tous les rapports entre tous les associés. Elle est accordée à l'héritier de l'associé. — La condamnation de l'action *pro socio* est infamante. L'associé de tous biens condamné à la bénéfice de compétence. — Les sanctions spéciales de rapports nés dans la société et leur concours avec l'action *pro socio*. Le vol entre associés : l'action *furti* et la *condictio furtiva*. L'action *legis Aquiliae* au cas de société. — Du cas où les parties ont stipulé tout ou partie de leur pacte social et de l'exercice de l'action *ex stipulatu*. — Les cas particuliers d'exercice des actions *venditi* et *mandati* en cas de société.

CHAPITRE IV. — La vie sociale et les rapports des associés avec les tiers..... 221

Le caractère personnel et secret des obligations sociales. La société n'a d'effet qu'entre les associés. Le sous-associé. — Le contrat de société ne peut pas avoir d'effet à l'égard des tiers, soit qu'un ou plusieurs associés aient contracté avec les tiers, soit que tous aient agi en commun. — La protection des intérêts des tiers : les nécessités du crédit provoquent l'évolution des règles concernant les tiers. Les associés s'engagent solidairement. La solidarité coutumière entre marchands d'esclaves et entre banquiers associés. Les associés peuvent encore s'engager solidairement par l'emploi d'esclaves communs : étude de cas particuliers. — L'action *pro socio* ne sanctionne pas les rapports des associés avec les tiers.

CHAPITRE V. — L'extinction d'une société..... 249

I. — Les causes d'extinction de la société..... 249

Les causes d'extinction du contrat de société. — a) Les associés peuvent d'un consentement unanime provoquer la dissolution de leur association. b) Un seul associé peut renoncer à ses droits dans la société et entraîner ainsi la dissolution de la société. c) Le droit de renonciation de tout associé est limité par certaines conditions de forme et de fond, dont le but est d'assurer la protection des intérêts des autres associés. Clauses particulières du pacte social, relatives au droit de renonciation des associés. — Le contrat de société est toujours dissous par la mort d'un associé, à l'exception du cas de la société de publicains. Les associés ont la coutume, dans leur pacte social, d'in-

introduire des clauses dont le but est d'atténuer les inconvénients qui résultent d'une extinction nécessaire et imprévue de leur contrat. La société entre débiteurs corréaux n'est pas éteinte par la mort d'un associé : le caractère de cette société, accessoire à un autre contrat principal. — La *capitis deminutio* d'un associé entraîne la dissolution de toute société. Dès l'époque classique, l'associé frappé de *capitis deminutio minima* reste associé, et l'ancienne société n'est plus éteinte. — La ruine totale d'un associé provoque l'extinction de la société; les différents cas à l'époque classique. — En cas de perte du bien commun, ou à la fin des opérations sociales, la société prend toujours fin. — Etant donné l'effet extinctif de la *litis contestatio*, le fait pour les associés d'agir par l'action *pro socio* entraîne l'extinction du contrat de société. — Les causes d'extinction de la communauté de biens : l'extinction du contrat de société n'entraîne pas nécessairement le partage des biens communs.

II. — Liquidation et partage de la société. 274

Liquidation de la société : le règlement des rapports sociaux entre associés avant le partage; sa sanction : l'action *pro socio*. — Le partage des biens sociaux. L'action *communi dividundo*. — L'exécution du partage. — Le cumul des actions *pro socio* et *communi dividundo* dans le règlement des droits et obligations entre associés. L'extension du domaine d'application de l'action *communi dividundo*.

IV. — Le contrat de société dans le droit de Justinien.

CHAPITRE PREMIER. — Le contrat de société dans le droit de Justinien . 289

Le contrat de société est un contrat consensuel de bonne foi, dont les associés peuvent adopter l'une des différentes formes coutumières. — Comme à l'époque classique, le principe qui domine tout partage dans la société est celui de l'égalité des parts entre associés; mais les parties ont toujours la faculté de modifier les règles ordinaires par des clauses de leur pacte social. — Les causes d'extinction de la société reconnues à l'époque classique produisent toujours les mêmes effets. — Contrairement aux règles des jurisconsultes classiques, Justinien admet que tout associé ne répond que de son dol et de sa *culpa lata*. En outre, tout associé condamné en tant qu'associé, peut invoquer le bénéfice de compétence. — Depuis Justinien seulement, le contrat de société peut être conclu sous condition.

TABLE DES TEXTES CITÉS. 305

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR LE-DUC